

NOTAS, CONJETURAS E INDICIOS PREVIOS A LA REGULACIÓN DE ANTONINO PIO Y MARCO AURELIO ACERCA DE LA PRESTACIÓN DE ALIMENTOS EN DERECHO ROMANO

Juan Miguel Alburquerque

Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Córdoba

RESUMEN:

Algunas notas sobre el concepto de alimentos y la obligación recíproca de alimentos. Comentario de indicios anteriores a la regulación de Antonino Pio y Marco Aurelio, en relación a la prestación de alimentos derivados de una relación de parentesco y la reciprocidad de los mismos. Comenzando por el fundamento de la jurisdicción del *princeps* en el marco de la *cognitio extra ordinem*. Analisis del contenido del *Senatus consultum* Planciano y el reconocimiento de una acción *extra ordinem* para el reconocimiento de los hijos que todavía no han nacido. La posibilidad de hablar del concepto de alimentos y la obligación recíproca en las sentencias de Adriano. El texto de *Labeo* D. 27.3.1.4, para confirmar los gastos de alimentos entre el hijo y la madre. Comentario breve a la Ley de las XII Tablas, en relación a una obligación de alimentos, fuera del marco de obligaciones entre parientes.

Palabras clave: Obligación; alimentos; familia.

ABSTRACT:

Some notes on the concept aliment and the reciprocal obligation of aliment. Commentary of indications previous to the regulation of Antonino Pio and Marco Aurelio, in relation to the aliment benefit derived from a relation of kinship and the reciprocity of such. Beginning by the foundation of the jurisdiction of *princeps* within the framework of *cognitio extra ordinem*. Study of the content of the *Senatus consultum* Planciano and the recognition of an action *extra ordinem* for the recognition of the children who have still not been born. The possibility of speaking of the aliment concept and the reciprocal obligation in the *sententiae Hadriani*. The text of *Labeo* D. 27,3,1,4, confirming the expenses of aliment between the son and the mother. The Law of the XII Tables' brief commentary, in relation to aliment obligation, outside the frame of obligations between relatives.

Keywords: obligation; aliment; family.

*Notas, conjeturas e indicios previos a la
regulación de Antonino Pio y Marco Aurelio acerca de la prestación de
alimentos en Derecho Romano¹*

SUMARIO: 1.- Introducción y notas previas sobre la *cognitio* extraordinaria 2.- Ley *Aelia Sentia* 3.- *Senatusconsultum* Planciano 4.- Sentencias de Adriano 5.- Labeón (D. 27,3,1,4) 6.- Puntualizaciones y matices decenvirales 7.- Presunciones generales, a modo de conclusión.

1. Con la pretensión de seguir completando nuestros estudios precedentes², proclives a dar una fisonomía que contribuya a la comprensión más coherente de la prestación de alimentos en la regulación romana y su posible enclave jurisdiccional en el marco de la idea contenida en la expresión nominal romana *iurisdictio voluntaria*³, no

1 Este resumen que presento se integra en el marco del Proyecto de Investigación, SEJ2005-08535, cuyo investigador principal es A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, titulado: <<La reforma de la jurisdicción voluntaria: perspectiva histórica, regulación vigente, propuestas de futuro, derecho comparado>>. Financiado por la Dirección General de Investigación, del Ministerio de Educación y Ciencia.

2 Cfr., por ejemplo, ALBURQUERQUE, J.M., “Deber legal u obligación moral originaria: Generalidades introductorias sobre la prestación de alimentos en Derecho Romano (I)” en RGDR <http://www.iustel.com> n.º 3 diciembre 2004; Id. “Alimentos entre parientes (II): Alimenta et Victus. Puntualizaciones breves sobre la transacción y la prestación en el marco de los posibles procedimientos (expedientes) de Jurisdicción voluntaria” en RGDR <http://www.iustel.com> n.º 4 junio 2005; Id. Notas sobre la continuidad histórica de la expresión romana *iurisdictio voluntaria* -desde Marciano, D.1.16.2 pr.-I -, hasta la actualidad. Breve comentario del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (octubre 2005). Algunos matices en tema de transacción y derecho de alimentos, en RGDR <http://www.iustel.com> n.º 6 junio 2006; Id. Recensión a FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción y Arbitraje*, Madrid, Ed. Iustel, 2006, 241 págs., en RGDR <http://www.iustel.com> n.º 8 febrero 2006.

3 Sobre la expresión de Marciano, *iurisdictio voluntaria*, D. 1.16.2 pr.-I, Cfr., FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción voluntaria en Derecho Romano*, Madrid, 3ª ed. 1999; Id. A propósito de la competencia en materia de *iurisdictio voluntaria* en Derecho Romano, *Revista de Derecho Notarial y A.A.M.N.*, T. XXVIII pp. 95-134; Id. Diferencias entre los actos de *iurisdictio contentiosa* y *iurisdictio voluntaria* en Derecho Romano, *Estudios Homenaje a A. D’Ors*, vol. I, Pamplona, 1987, pp. 427-457; Id. Consideraciones acerca del carácter clásico y jurisdiccional de la denominada por Marciano “*Jurisdicción voluntaria*”, en D. 1.16.2.pr., *Estudios Homenaje a Juan IGLESIAS*, Madrid, 1987, pp. 197-215; Id., Id. “La Jurisdicción Voluntaria”, Ed. Civitas, Madrid, 2001; Id. *Jurisdicción y Arbitraje en Derecho Romano*, Madrid, ed. Iustel, 2006, pp. 23 y ss. Cfr., asimismo, ALBURQUERQUE, J.M., Id. Notas sobre la continuidad histórica de la expresión romana *iurisdictio voluntaria* -desde Marciano, D.1.16.2 pr.-I -, hasta la actualidad. Breve comentario del Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (octubre 2005). Algunos matices en tema de transacción y derecho de alimentos, en RGDR <http://www.iustel.com> n.º 6 junio 2006. Del principal precursor de los estudios sobre jurisdicción voluntaria en derecho romano, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., véase además, “La Jurisdicción Voluntaria”, Ed. Civitas, Madrid, 2001; Id. *Jurisdicción voluntaria 2001. La jurisdicción voluntaria en la encrucijada: su conexión con el nuevo modelo procesal de la LEC del año 2000*, Derecho y Opinión, Córdoba, 2000, pp. 329-342; Id. *La jurisdicción voluntaria: racionalización y redistribución de competencias*, Libro Homenaje a Sánchez Mera, Madrid, 2002, pp. 1997-2036; Id. *La Jurisdicción Voluntaria: una reforma legislativa pendiente*. Estudios Jurídicos. Ministerio de Justicia, vol. IV, 2002, pp. 537-606; Id. *Noción de iurisdictio y etapas. Jurisdicción contentiosa y jurisdicción voluntaria*. Portal electrónico de Derecho, IUSTEL, 2002; Id. Los principios informadores de la jurisdicción voluntaria: una propuesta de futuro, *Anuario de Derecho de la U.A.M.*, vol. 3, 2001, pp. 89-149; Id. Consideraciones de lege ferenda en materia de jurisdicción voluntaria y Anteproyecto de Jurisdicción Voluntaria, *Revista del Colegio de abogados de Lugo*, 2001, pp. 22-24 y 2002, pp. 18-22; Id. *Jurisdicción Voluntaria: naturaleza jurídica y diferencias de procedimiento con la jurisdicción contentiosa*, *Actualidad Civil*, nº 36, 2001, pp. 1277-1306 y nº 37, pp. 1317-1341; Id. La reforma legislativa de la jurisdicción voluntaria: reflexiones de presente y perspectivas de futuro, *Derecho de los Negocios*, nº 163, 2004, pp. 5-15; Id. *Jurisdicción Voluntaria: Historia (I), Problemas (II), Interrogantes (III) y Soluciones (IV)*, Tribuna Pública, Mercados, Voz de Galicia, 12-09; 17-09; 26-09; 3-10-2004; Id. La hora de la Jurisdicción Voluntaria. Estudios Homenaje a Rodríguez Mourullo, 2005; Id. La reforma de la Jurisdicción Voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones, La Ley 23 de marzo de 2005 pp. 1-9; Id. *Jurisdicción Voluntaria: perspectivas de futuro*. Estudios Homenaje a

podemos evitar ahora nuestro retorno a las sugerencias afirmadas por parte de la doctrina, en torno a su origen, y añadir algunos indicios – aparentemente escasos –, que han podido influir en la naturaleza de las relaciones en el interior de la familia. En este sentido, cabría recordar que la mayoría de los estudiosos no duda en señalar, principalmente, que la prestación de alimentos emerge en los tiempos de Antonino Pio. Así lo escribe A. d'Ors⁴, entre otros (al hablar de las deudas de alimentos entre parientes), “se admitió desde Antonino Pio este tipo de reclamación ante los cónsules”. Asimismo, hemos visto como también se ha señalado por la doctrina mayoritaria, que la estructuración esencial se desarrolla con Marco Aurelio⁵. Un fundamento jurisprudencial que podemos recordar ahora según lo dispuesto en D. 25,3,5, 5-7; C. 5,25,1):

Manuel Albaladejo, 2005. Por último, señalar que el Autor ha sido Vocal de la Ponencia encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria. 2002-2005. Sobre proceso y arbitraje, véase en general, del mismo Autor, Derecho público romano. Recepción, Jurisdicción y Arbitraje, 8ª edición, Madrid 2005; Id. “Contribución al estudio histórico del arbitraje”, Revista Jurídica de la UAM número 8, Madrid 2003, Homenaje a D. Aurelio Menéndez; Id. “De los arbitria bonae fides pretorios a los iudicia bonae fidei civiles”. *Convengo internazionale de studi in onore del profesor Alberto Burdese*, Padova 2003, vol.2. Id. “Arbitraje”. Portal electrónico de Derecho IUSTEL. 2002; Id. “Carácter contractual del arbitraje”. *Anuario de Justicia alternativa*. Derecho Arbitral, Barcelona 2004.

4 D'ORS, A., *Derecho Pivado Romano*, 9ª ed. Pamplona 1997, pp. 62 y ss.; pp.170 y ss., y n. 6. Cfr. DOMINGO R., *Alvaro d'Ors (1915-2004)*, Juristas Universales, Madrid-Barcelona 2004, vol. IV, pp. 662 y ss.

5 Cfr., en general, ARANGIO RUIZ, V., *Istituzioni di diritto romano*, 14 ed. Nápoles 1960, pp. 395 y ss. n. 1; ALBERTARIO, E., *Studi di diritto romano*, vol. I, *Persone e famiglia*, Milano 1933, especialmente el capítulo XIII, *Sul diritto agli alimenti*, pp. 249 y ss. (Las líneas principales de este trabajo de ALBERTARIO, E., fueron asumidas, con pequeños matices divergentes, por ARANGIO RUIZ, V., *Ist.* 2ª edic., p. 395 n.1). ALBURQUERQUE, J.M., “Deber legal u obligación moral originaria: Generalidades introductorias sobre la prestación de alimentos en Derecho Romano (I)” en RGDR <http://www.iustel.com> n.º 3 diciembre 2004; Id. “Alimentos entre parientes (II): Alimentata et Victus. Puntualizaciones breves sobre la transacción y la prestación en el marco de los posibles procedimientos (expedientes) de Jurisdicción voluntaria” en RGDR <http://www.iustel.com> n.º 4 junio 2005; ASTOLFI, R., *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano* III, Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza dell'università di Pàdova 84, Pàdova-Cedam, 1979, pp. 91 y ss. (Cfr. las recensiones de GARCÍA GARRIDO, M.J., del vol. I, en IURA 16, 1965, pp. 300 y ss.; vol. II, en IURA 20, 1969, pp. 668 y ss.; vol. III, IURA 30, 1979, pp. 140 y ss.; BESELER, G., *Beiträgt zur Kritik der römischen Rechtsquellen I-IV*; BIONDI B., *Diritto romano cristiano*, III, Milano 1954, *Alimenti*), pp. 290 y ss.; Id. BIDR 30 1921 p. 244; BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, vol. I, Milano 1963, *alimenti e successione*), pp. 379 y ss.; BONINI, R., *Criteri per l'affidamento della prole dei divorziati in diritto romano*, AG 181, Modena 1971, pp. 24 y ss. (= Problemi di storia delle codificazioni e della politica legislativa, Bologna 1973, pp. 7 y ss.; Id. *La quarta della vedova povera fra diritto di famiglia e diritto delle successioni*, *Nov. Ius*. 56,6 y 117,5. St. Sassaresi 3, año académico 1970-71, 1973, pp. 805 y ss.; BURDESE, A., *Manuale di diritto privato romano*, UTET, 1973, *Obblighi alimentari*), pp. 596; FALASCHI, P.L., *Osservazioni sul carattere incidentale o autonomo dei praeiudicia*, Ann. Univ. Camerino, 1963, pp. 145 y ss.; GARCÍA GARRIDO, M.J., *Ius uxorium*. El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano, Roma-Madrid 1958, pp. 93 y ss.; GARCÍA SÁNCHEZ, J., *Cognitio extraordinaria*, Iustel, Madrid, 2002; Heimbach G.E., *Alimente*, Rechtslexikon von Weiske J. für Juristen alter deutschen Staaten, I, Leipzig, 1839, pp. 185 y ss.; KOSCHAKER, P., *Der Unterhalt der Ehefrau und die Früchte der Dos*, Studi Bonfante IV, 1930, pp. 1 y ss.; LANFRANCHI, F., <<Ius exponendi>> e obblighi alimentari nel diritto romano-classico, SDHI vol. 6, 1940, pp. 5 y ss.; Id. *Prime considerazioni sull'impugnativa di paternità in diritto romano classico*, en St. Volterra vol. 4, 1971, pp. 105 y ss.; Id. *L'agere ex Senatusconsultis de partu agnoscendo*, Bologna 1953, p. 54, n. 170.; LAVAGGI, G., *Alimenti (diritto romano)*, ED, pp. 18 y ss.; LENEL, O., *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*, 3ª edición, Leipzig 1927, p. 488 (reimpresión Aalen 1985); Id. *Palingenesia Iuris Civilis*, reimp. de 1960, 2, 953 (Scientia Verlag Aalen 2000); LONGO, G., *Sul diritto agli alimenti*, Annali Univ. Macerata, 1948, vol. XVII, pp. 215 y ss.; (= Ricerche Romanistiche, Milano 1966 pp. 339 y ss). Id. *Note esegeiche. Donatio simplex*, en AG vol. 113, fasc. 1 (= Ricerche Romanistiche, Milano 1966, pp. 347 y ss.); Id. *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia*, Milano 1946, pp. 187 y ss.; Magioncalda A., *L'età dei beneficiari nelle fondazioni alimentari private per l'infanzia durante l'alto-impero*, SDHI 65, 1995, pp. 327 y ss.; 357 y ss.; LUZZATTO, G., *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, I, Bologna 1965, pp. 1 y ss.; Augusto, *e la cognitio extra ordinem*, St. Ec. e G. Cagliari, 1938; MARRONE, M.T., *L'efficacia pregiudiziale della sentenza*, Ann. Univ. Palermo, vol. 24, 1955, pp. 405 y ss.; MASSAROTTO, M., *In merito ai decreti di Antonino Pio sull'affidamento della prole alla madre*, BIDR 80, 1977, pp. 354 y ss.; MONTAN, A., *La legislazione romana sul divorzio. Aspetti evolutivi e influssi cristiani*, publ. Apollinaris 53 (1980) pp. 167 y ss.; ORESTANO, R., *Alimenti (Diritto romano)*, NNDI vol. I, Torino 1957, pp. 482 y ss.; PUGLIESE, G., *La cognitio e la formazione di principi teorici sull'efficacia del giudicato*, vol. II, 1965, pp.

D. 25,3,5, 5-7 (Ulpianus, libro II de officio consulis): 5. *Item divus Pius significat, quasi avus quoque maternus alere compellatur*. 6. *Idem rescipit, ut filiam suam pater exhibeat, si constiterit apud iudicium iuste eam procreatam*. 7. *Sed si filius possit se exhibere, aestimare iudices debent, ne non debeant ei alimenta decernere*. Denique idem Pius ita rescipit: “*aditi a te competentes iudices ali te a patre tuo iubeunt pro modo facultatum eius, si modo, cum opificem te esse dicas, in ea valetudine es, ut operis sufficere non possis*”.

C. 5,25,1 (Imp. Pius A. Basso): *Parentum necessitatibus liberos succurrere iustum est. Sine die et consule*.

No pasó inadvertido para los investigadores la posibilidad de establecer una datación previa a Marco Aurelio, pero no muy distante, teniendo en cuenta la concepción social de la familia que imperaba en la época precedente. Esta cuestión ha sido debatida por numerosos escritores, si bien, en definitiva, puede decirse que no se desvinculan, con demasiada frecuencia, de la franja temporal que concierne al principado de Antonino Pio (138-161) y Marco Aurelio (161-180)⁶.

Acerca de los criterios desarrollados por la doctrina, que destacan ciertos indicios previos en relación a la obligación de alimentos fundada sobre relaciones familiares, sancionada por la *cognitio*⁷ de los cónsules, y por tanto del conocido *ius extraordi-*

141-168; MONTERO, R.P., *La carta de Seya: Problemática jurídica de una epistola peculiar*, en Anuario da Facultade de Dereito, Coruña 1999, pp. 175 y ss.; ROBERTI, M., *Il diritto agli alimenti nel diritto romano e nelle fonti patristiche*, Miscellanea Vermeersch, 1935, vol. II, pp. 25 y ss.; SACHERS, E., *Das Recht auf Unterhalt in der römischen Familie der klass. Zeit*, (Festschrift Fritz Schulz F. Weimar, 1951, vol. I, pp. 310 y ss.; cfr. IURA, 1952, vol. III, pp. 427 y ss.); SACHERS, E., s.v. *Potestas Patria*, RE, 22, 1953, pp. 1113-25; SEIDL, E., *Die Unterhaltspflicht der Töchter und die Kaufehe in den Papyrusurkunden*, Atti Congresso Internazionale di Papirologia, 1966, pp. 149 y ss.; A. ARTHUR SCHILLER., *Alimenta in the sententiae Hadriani*, en St.Grosso, vol. IV, 1971, pp. 399 y ss.; SOLAZZI, S., *La prestazione degli alimenti*. En Scritti di diritto romano III, (1925-1937), Napoli 1960, pp. 127 y ss.; SIMÓN, D., *Summatim cognoscere*. Zwölf Exegesen, ZSS 83, 1966, pp. 142 y ss.; TAUBENSCHLAG, R., *Die patria potestas im Recht der Papyri*, ZSS 37, 1916, pp. 185 y ss.; Id. *Die materna potestas im gräko-ägyptischen Rechts*, ZSS 49, 1929, pp. 115 y ss.; *Die Alimentationspflicht im Rechte der Papyri*, Studi Riccobono, I, pp. 508 y ss. (1936 rist. 1974); UBBELOHDE, A., *Commentario alle pandette*, Milano 1899, p. 564 n. 32; VALIÑO, E., *La capacidad de las personas in potestate en derecho romano*, RDN. 57-58 (1967) pp. 99 y ss.; VÊGH, Z., *Bemerkungen zum alimentenvergleich*, en Festgabe für Arnold Herlitzka, 1972, pp. 223 y ss.; VOET, J., *Pandette* (trad. it.), 3, Venecia 1850, 1092, ad D. 25,3; WALTHER, G., *Bedeutung und Umfang des Wortes alimenta nach heutigem römischen Rechte*, en Zeitschrift für Civilrecht und Prozess, XX, 1844, pp. 353 y ss.; WYCISK, F., *Alimenta et victus dans le droit romain classique*, en RH 50, 1972, 205 y ss.; Id. *Zagadnien alimentacji w rzymskim prawie klasycznym* (Problemas de alimentación en derecho romano clásico), en Annales de Théol. Et droit canon de l'université Cath. Lublin, XVII, 1970, 5, pp. 57 y ss.; ZOZ, M.G., *In tema di obbligazioni alimentari*, BIDR 73. Milano 1970, pp. 324 y ss. Id. *Sulla capacità a ricevere fideicommissi alimentari*, SDHI 40, 1974, Roma 1974, pp. 303 y ss. Entre los textos más utilizados, cabría citar D. 25,3,5, 5-7; C. 5,25,1; C. 5,25,2; C. 5,25,3). D. 25,3,5, 5-7 (Ulpianus, libro II de officio consulis): 5. *Item divus Pius significat, quasi avus quoque maternus alere compellatur*. 6. *Idem rescipit, ut filiam suam pater exhibeat, si constiterit apud iudicium iuste eam procreatam*. 7. *Sed si filius possit se exhibere, aestimare iudices debent, ne non debeant ei alimenta decernere*. Denique idem Pius ita rescipit: “*aditi a te competentes iudices ali te a patre tuo iubeunt pro modo facultatum eius, si modo, cum opificem te esse dicas, in ea valetudine es, ut operis sufficere non possis*”; C. 5,25,1 (Imp. Pius A. Basso): *Parentum necessitatibus liberos succurrere iustum est. Sine die et consule*; C. 5,25,2 (Divi fratres Celeri); *Competens iudex a filio te ali iubebit, si in ea facultate est, ut tibi alimenta praestare possit*. D. Id. April. *Ipsis III et II AA. Conss.*; C. 5, 25, 3 (Idem A.A. Titianae): *Si competenti iudici eum quem te ex Claudio enixam esse dicis, filium eius esse probaveris, alimenta ei pro modo facultatum praestari iubebit. Idem an apud eum educari debeat, aestimabit...*

6 Cfr., ALBURQUERQUE, J.M., “Deber legal u obligación moral originaria: Generalidades introductorias sobre la prestación de alimentos en Derecho Romano (I)” en RGDR <http://www.iustel.com> n.º 3 diciembre 2004.

7 Característica del nuevo sistema de cognición es, escribe D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, 9ª ed., cit., pp. 172, que “la acción pierde su tipicidad y se convierte en un modo genérico de pedir justicia.

narium, estudiada y teorizada por la jurisprudencia, probablemente en los inicios del principado⁸, nos parecen muy reveladores los que sugiere Zoz, M.G.,⁹ entre otros (Lex Aelia Sentia; Sc. Planciano; Labeón D. 27,3,1,4; Juliano D. 25,3,1 –8;10;12;14).

La *cognitio* extraordinaria, tiene escrito Fernández de Buján, A.,¹⁰ “supone una nueva concepción de la Justicia y del Estado... Los primeros asuntos que se tramitan por *cognitio* son aquellos que no se encontraban protegidos en la jurisdicción pretoria, o bien se trataba de relaciones que daban lugar tan sólo a obligaciones morales o naturales, como los fideicomisos, las prestaciones de alimentos entre parientes, las reclamaciones de honorarios por los profesionales liberales, los codicilos, los bienes vacantes, *bona vacantia*, por falta de capacidad de los herederos o por inexistencia de éstos, las reclamaciones por testamento inoficioso, los asuntos sobre el estado de las personas, las reclamaciones de los pupilos frente a sus tutores, etc.”. Con esta perspectiva de justicia –más rápida y libre de formas –, y con el nuevo perfil unitario, el *ius novum*, el nuevo derecho creado por el Príncipe, pone de relieve su mayor sensibilidad, que se va manifestando y multiplicando al acoger con mayor rigor defensivo, todo lo concerniente a las necesidades de su época. En consonancia con la doctrina mayoritaria, podemos sintetizar con el A., entre otros, algunas características principales de este procedimiento menos formal y que resulta la vía más apta para la realización del nuevo derecho creado por el Príncipe, *ius novum*¹¹: no se produce la bipartición del proceso, el llamamiento a testigos constituye sólo el momento procesal en el que las partes fijan sus posiciones –no se produce la consunción de las acciones, aunque sí el efecto de litispendencia–, el principio de prueba tasada es el que prevalece, en lugar del principio de libre valoración de la prueba, la subordinación jerárquica y la posibilidad de apelación, ante un juez de rango superior, la fusión entre la normativa procesal civil, honoraria y la específica del nuevo proceso. Se puede destacar, asimismo, el mayor rango en el orden jurisdiccional, de los diversos cargos de funcionarios, se asigna a los *praefecti praetorio* –al frente de las cuatro prefecturas del territorio–, y a los gobernadores provinciales, *praesides*, rectores procónsules. La regulación de competencias –magistrados municipales, *defensores civitatum*–. La administración de justicia por los magistrados jurisdiccionales en lugares cerrados, por lo que se utiliza el término Audiencia para designar el Palacio de Justicia.

Acerca de lo relacionado con la tramitación, citación, comparecencia, *litis contestatio*, período de prueba, sentencia, ejecución, apelación y recursos, los procesos

Aunque se conserva la antigua nomenclatura clásica, es inevitable la confusión entre los distintos recursos procesales y <<complementarios>> de la nueva jurisdicción oficial”. Respecto a la ampliación del campo de la *cognitio* con la aparición de nuevos funcionarios judiciales que actúan como jueces, con una jurisdicción que delega en ellos el Príncipe (*iurisdictio mandata*), al margen de la mención detallada que realiza nuestro autor (p. 171 y n.1), nos interesa destacar con él, que “el mismo carácter tiene también la jurisdicción extraordinaria de los cónsules o pretores especiales; el hecho de que aparezcan como magistrados “republicanos” no produce gran diferencia en una época en que también ellos deben su nombramiento al Príncipe”.

8 Dentro de la misma Italia, como afirma D’ORS, A., *Derecho Privado Romano*, 9ª ed., cit., pp. 170 y ss., “el procedimiento *cognitorio* se venía aplicando, desde Augusto y emperadores siguientes a determinadas causas que no tenían acogida en la jurisdicción del Pretor; así, las reclamaciones de fideicomisos y *bona caduca*, las deudas de alimentos entre parientes (según nuestro autor, desde Antonino Pío), las de honorarios de profesionales liberales, las de promesas hechas a los municipios (*pollicitationes*), asuntos relativos a la tutela, procesos sobre estado de las personas, la *querella inofficiosi testamenti* y quizá la *hereditatis petitio*, y otras varias causas especiales. Cfr. LUZZATTO, G. I., *Il problema d’origine del processo extra ordinem*, I, Bologna 1965, pp. 1 y ss.

9 ZOZ, M.G., *In tema di obbligazioni alimentari*, BIDR 73, Milán 1970, p. 324.

10 FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción y Arbitraje en Derecho Romano*, Madrid, ed. Iustel, 2006, p. 163 y ss.

11 En este sentido, cfr., D’ORS, A., *Derecho privado romano*, 9ª ed., cit., p. 169.

especiales por rescriptos y sumarios, cabría recordar con el A., la atención prestada a la figura del actor y el demandado, la citación, y evolución del método según las etapas: Etapa inicial, *litis denuntiatio*, privada o avalada por el magistrado (*denuntiatio ex auctoritate*), oficial, *evocatio*, según el mandato, requerimiento verbal, si estaba presente, escrito, *litterae*, ausente, bandos o edictos (cuando se desconocía la residencia). En perspectiva constantiniana y posteriormente justiniana cabría sintetizar del siguiente modo: *litis denuntiatio*, autorizada por el magistrado, por escrito o remitido a su domicilio mediante un funcionario –*executor*–, la problemática en los supuestos de ausencia del demandado –fijación de un edicto con la citación– y la disposición de Constantino (año 322 C.Th. 2.4.2) sobre la inscripción en un Registro público de la citación referida. El escrito de citación del actor –*libelus conventionis*– como nuevo método en la época de Justiniano (procedimiento por libelo), remitido necesariamente por vía oficial y contestado mediante *libelus contradictionis*. Tras la recepción por el juez, fijación del día para la comparecencia –el demandado garantizaba mediante caución, *cautio iudicatum sisti*–. La tramitación del proceso en rebeldía, lo que se conoce con la denominación de contumacial. A continuación del momento en el que los litigantes han plasmado sus posiciones –que suele identificarse con la *litis contestatio*– se inicia el período de prueba. La prueba no es regulada de forma global por ninguna normativa del ordenamiento jurídico. Se puede hablar de algunos esbozos como intentos de sistematización (Código Teodosiano XI, 39), en el que se continúa mencionando a los testigos como instrumento previo a la prueba documental. De la consideración de la prueba habría que recordar que el papel esencial, originariamente, lo cumplían los testigos, el paso de su estimación incorporados al documento –como elemento de ayuda, tanto en juicio como en el marco del tráfico jurídico–, la *praxis* de los testigos instrumentales –para confirmar la veracidad del documento, como del acto incorporado–, la atención especial a las cualidades de los testigos –dignidad, buenas costumbres, etc., D.22.3.5.2–, el tránsito de la prioritaria prueba testifical a la documental en la etapa postclásica –por desconfianza en la fiabilidad de las declaraciones de los testigos–, la introducción de Constantino del documento constitutivo o dispositivo –tanto vale la fe de los instrumentos, como las declaraciones de los testigos, no debe prevalecer el testimonio no escrito sobre el escrito–, posiciones jurisprudenciales contrapuestas y reflejos de la consideración tradicional que daba preferencia a la testifical –perspectiva justiniana respecto a la posible discrepancia entre testigos y documentos, *comparatio litterarum*: se dará preferencia a la testimonial–, el desigual valor otorgado a los testigos en atención a su consideración social. En suma, como tiene escrito el A., “cabe considerar la Nov. 73 de Justiniano, el punto final de una lenta pero constante evolución precedente, caracterizada por el progresivo valor concedido a la prueba documental, que sólo con muchas vacilaciones consigue emanciparse y no del todo –salvo en el documento público– de la testifical, especialmente en el marco del reconocimiento del valor probatorio, la credibilidad, en último extremo, del documento tabeliónico, en atención al testimonio juramentado del notario ...” El contenido de estas constituciones (Nov. 73; 44; 47), afirma el A., “configura desde entonces hasta el momento actual, en buena medida, lo que se considera dogmática y práctica en la actividad notarial”.

A nuestro propósito –en tema de alimentos–, interesa resaltar ahora con el A., entre otros, que “en los procesos sumarios, se produce una abreviación en la tramitación, con la finalidad de lograr una mayor rapidez en la resolución del asunto. La abreviación puede afectar a formalismos, plazos, medios de prueba, tiempo de debate o remedios contra la sentencia. Cuestiones como alimentos entre parientes, manumisiones testamentarias, o la posesión provisional de bienes hereditarios a favor de la madre en cinta o del heredero impúber, fueron tramitados a través de la fórmula del proceso sumario”. Aunque son análogos a los procedimientos abreviados o simplificados, como nos recuerda el A., son de naturaleza diferente, pues aunque se dis-

minuyen las formalidades, plazos, etc., no cabe en ningún caso un conocimiento abreviado de la prueba.¹²

Justo García Sánchez¹³, al hablarnos de los orígenes de este nuevo sistema procesal civil *cognitio* extraordinaria –fuera del conocido, precedentemente, *ordo iudicio-*

12 Cfr., por ejemplo, C. Th. 2.4.6. A este tipo de procedimiento abreviado o simplificado corresponden reclamaciones de deudas debidamente documentada, los interdictos, los fideicomisos, reclamaciones contra el testamento inoficioso, la acción de gestión de negocios, la acción de tutela, etc.

13 GARCÍA SÁNCHEZ, J. *Cognitio extraordinaria*, Portal Derecho, www.iustel.com. Madrid 2002. Cfr., entre otros, PUGLIESE, G., *La cognitio e la formazioni di principi teorici sull'efficacia del giudicato*, Est., Biondo Biondi, 2, 1965, pp. 143 y ss.; Id. *Istituzioni di diritto romano*, (col. F. Sitzia y L. Vacca), Padova 1986, pp. 376-384; Cfr. ORESTANO, R., *Augusto e la cognitio extra ordinem*, St. Ec. e G. Cagliari, 1938.

Por cuanto se refiere a los orígenes y desarrollo, un punto de particular relieve hay que concederle, a nuestro juicio, a las acertadas matizaciones de LUZZATTO, G. I., *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, I, Bologna 1965, pp. 1 y ss. (Esta obra marca los propios esquemas seguidos por TORRENT, A., *Manual de Derecho privado romano*, Zaragoza 1995, como él mismo señala (p. 187). El A. comienza su exposición, resaltando la aparente escasez de estudios sobre el tema -unos cuantos parciales, y algunos más completos, indicando especialmente la obra que marcará sus propios esquemas a seguir, “*il problema d'origine del processo extra ordinem*”, de LUZZATTO, G. I.—, conciliando y justificando asimismo, el dato principal que ha alejado a los romanistas del estudio de la *cognitio extra ordinem*: la fragmentariedad de las fuentes (directas, y pocas marginales); las fuentes relativas a la *cognitio*, deben ser buscadas, sobre todo, como recuerda el A., en las constituciones imperiales recogidas principalmente en los Códigos Teodosiano y justiniano. Salvo, las intrusiones (mínimas), reconocidas, en el sistema edictal que reflejan un nuevo tipo de procedimiento fuera del proceso formulario, no duda en asumir, directamente, la comprensible expresión de ORESTANO, R., 14 en la que se pone de relieve la ausencia de datos significativos proclives a denotar la espectacular novedad que supone este nuevo procedimiento: “leyendo libros enteros del Digesto (y del Código), se podría tener la ilusión de que estuviese todavía vivo el viejo procedimiento formulario en todos sus esquemas”. El pensamiento del A., resulta lineal a las previsiones del maestro boloñés, como él mismo reconoce, y las valoraciones excluyentes, de las diferentes teorías al respecto, van más allá de las conclusiones doctrinales impulsoras de su análisis. Pasamos a continuación a examinar algunas valoraciones generales y particulares de nuestro romanista; si bien, sin pretensiones de exhaustividad, es decir, desde una perspectiva sumaria. Describe pormenorizadamente nuestro autor las características más sobresalientes, estatalización del proceso en todas sus fases, se sustancia ante un mismo y único órgano jurisdiccional, un magistrado-juez, que normalmente era un funcionario público, lo que implica la extraordinaria novedad que supone la fundamental desaparición de la misma fórmula y la eliminación de la bipartición en dos fases, características típicas del conocido *ordo -in iure y apud iudicem-*15, la ejecución, no como acto de parte, sino efectuada por los propios órganos del poder judicial; las connotaciones respecto a la desaparición de la precedente *litis contestatio*, al menos en la forma, y la pérdida de eficacia de la misma, la subordinación jerárquica y la coherente inviabilidad del principio *-bis de eadem re ne sit actio-*, la apelación, que a juicio del A., (p. 205), “es una característica esencialísima, y que pone las bases del proceso moderno, lo que supone un giro espectacular en la concepción del proceso en Roma”, posibilidad del proceso contumacial (inexistente en el *ordo*); concepción del proceso como una función pública, ejercitada por una burocracia jerarquizada que aboca a la persona del emperador; la limitación sistemática de la competencia de los magistrados jurisdiccionales (por valor, materia y territorio); el carácter y prevalencia de lo escrito en el desarrollo y tramitación del proceso; mediación de *advocati*; comporta siempre gastos para la partes; la *cognitio*, se sustrae, al menos desde el plano de la jurisdicción imperial, no solamente a los principios y a las reglas del *ordo*, sino durante mucho tiempo, a la misma enunciación de reglas y principios netamente definidos en el ámbito mismo de la *cognitio*; el proceso evolutivo acerca del lugar para su desarrollo (deja de ser al aire libre y se desarrolla en lugares cerrados y no en público). Retoma el intrincado análisis de los orígenes de este proceso, lo que, para nuestros objetivos, interesa comentar ahora con preferencia, y destaca las orientaciones de la doctrina mayoritaria (p.192), que pretende buscar los orígenes de la *cognitio*, o en el proceso que se desarrolla en las provincias (donde estaba precluido recurrir al *ordo*), o en Roma, en el proceso que se desarrollaba ante el emperador o ante funcionarios delegados (en primera instancia o apelación), “sustrayendo las controversias a los magistrados que hubieran sido competentes según los principios del *ordo*”. Asimismo, formula numerosas observaciones que restan solidez, a varias de las hipótesis más aisladas que se han querido mantener por los investigadores, (RUDORF, KELLER, SOHM -especialmente pandectística-, busca los orígenes de la *cognitio*, en aquellas intervenciones de los magistrados (del *ordo*), que encuentran su raíz y fundamento en el *imperium* antes que en la *iurisdictio*). Como señala el A., ven el origen en los llamados remedios pretorios. La *cognitio*, prosigue el A., tendría su origen, para este sector doctrinal, en la instructoria que el magistrado debía realizar para llegar al pronunciamiento de determinadas providencias. SAMTER, destaca que ambos procedimientos (*ordo y cognitio*), habrían coexistido ante el mismo magistrado, y el recurso a uno u otro procedimiento se centraría en una decisión unilateral del demandante. (Los relieves críticos, la exégesis artificiosa y

la inadmisibilidad de esta teoría son aspectos destacados por el A.). <<SCHERILLO, en coincidencia con CARRELLI, se centra en señalar que la diferencia esencial que distinguirá los dos tipos de proceso (*ordo* y *cognitio*), consistiría en dos órdenes de fenómenos: 1) la actividad instructoria en el proceso del *ordo* venía desarrollada por un órgano distinto al que pronunciaba la sentencia; 2) el proceso de la *cognitio* era un proceso privado de fórmulas>>. Considerar todo intento de proponer continuidad entre uno y otro procedimiento, al margen de los aspectos sugerentes que se puedan revelar, desconociendo la fractura sustancial entre uno y otro, y buscar los precedentes de la *cognitio* en el *ordo*, no significa otra cosa que reconocer que estos precedentes son solamente indirectos, como subraya el A., “sólo con la *cognitio extra ordinem* cae la diversidad estructural entre las funciones del magistrado y las del juez”. LEMOSSE, sin desprenderse de las observaciones sobre la continuidad referida, va más allá, compara los derechos griegos y busca una doble relación: el proceso de la polis, con el procedimiento romano del *ordo*, y la relación entre el procedimiento de las monarquías helenísticas con la *cognitio* romana. Salvo la recepción del discutible arbitraje privado, la idea de continuidad ideal entre el proceso ático y el proceso del *ordo*, resulta de una inverosimilitud claramente afirmada por el A. El origen de la *cognitio*, en consonancia con otras posturas doctrinales, hay que buscarlo fuera del *ordo*, de donde se excluye, asimismo, el origen en los conocidos remedios pretorios. Entre las apreciaciones de BISCARDI y GANDOLFI, con matizaciones muy divergentes, como pusimos de relieve en otro trabajo al que me remito¹⁶, cabría destacar con el A., que <<BISCARDI, a propósito de los interdictos, ve un verdadero proceso y no una simple actividad instructoria>>, y por otro lado, con mayor nitidez, <<GANDOLFI, atribuye sin más al procedimiento interdital el carácter de intervención jurisdiccional *extra ordinem*>>. Tras estas sumarisimas explicaciones sobre los orígenes de la *cognitio*, y concedores del esfuerzo doctrinal en relación a la búsqueda de los orígenes, no podemos negar, sin embargo, que el problema sigue abierto, como destaca el A., entre otros. Que la característica esencial (de la *cognitio extra ordinem*), como escribe el A., (p. 200), en consonancia con LUZZATTO, URSICINO y KASER, “es basarse sobre el poder del *princeps*”, parece, en principio, a nuestro modo de ver, que responde mejor al espíritu estatalizador e intervencionista de la jurisdicción del principado, lo que hará menos confuso extraer los criterios que puedan contribuir a dar una fisonomía más definitiva al proceso en cuestión. Desde Augusto, y sus sucesores, como es bien sabido, los emperadores aparecen como jueces autónomos en causas civiles y penales (KELLY, al que se remite el A.), esporádicamente en primera instancia y más frecuentemente en sede de apelaciones; los primeros casos de *appellatio*, se dieron cuando el emperador había delegado en cónsules o pretores especiales, acerca de determinadas causas; Augusto respeta las sentencias de los jueces privados, si bien, dentro de la jurisdicción ordinaria, en los casos en los que su intervención podía ser viable (p.e. *bonorum possessio*), es decir, como recuerda el A., “en los casos en los que no habían decidido los jueces privados con una sentencia, sino el pretor con un *decretum* con base en su *imperium*”. La actuación de Augusto, anulando el decreto pretorio, sustituyéndolo por el suyo, puede encuadrarse como nos recuerda el A., parafraseando a KASER, en la *intercessio* que corresponde al magistrado de *par maiorve potestas*. Más allá de los límites del *ordo*, el emperador dispone claramente del poder de *cognitio*, en numerosos casos, entre los que cabría señalar con nuestro autor, entre otros, el reconocimiento, la validez y la sanción jurídica de los fideicomisos (Augusto encomendó esta reclamación a los cónsules, escribe D’ORS.)¹⁷, o el reconocimiento de las pretensiones del *aerarium* a los *bona caduca* e *vacantia* regulados por la *lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 a.C.), y por la *lex Pappia Poppaea* (9 d.C.). Es cierta la evidencia de abandono del rígido formalismo de los legados, en el supuesto de los fideicomisos, y también parece razonable pensar con el A., (p.202) que “los pretores y juristas debían ser contrarios al reconocimiento de una pretensión que se fundaba sobre un ruego no formal del testador, en el que Augusto aconsejado por Trebacio (*Caius Trebatius Testa*, maestro de Labeón), fue lo bastante inteligente para no oponerse a los posibles obstruccionismos por parte de pretores y juristas conservadores, asignando el conocimiento de estas pretensiones a los cónsules que gozaban de gran consideración en Roma, pero que no estaban ligados a la tradición de los juristas. A la vez, esta atribución a los cónsules – como subraya el A., entre otros-, exteriorizaba sensiblemente la separación de la *cognitio extra ordinem* del proceso formulario ordinario”. Remóntandonos a Claudio, (41-54 a.C.), cabría recordar, siempre dentro del marco de la exposición del A., la introducción del procedimiento relativo a la *excusatio tutoris*, admitiendo la *appellatio* ante los cónsules contra el decreto con el que según la *lex Atinia* nombraban tutor¹⁸ el pretor o los tribunos. Las reclamaciones de alimentos fueron admitidas por primera vez en sede de *cognitio* (recuérdese que la doctrina mayoritaria se remite a Antonino Pio y Marco Aurelio). Los *divi fratres* admiten la *pollicitatio* (ante los cónsules, señala D’ORS., A., entre otros)¹⁹; en el marco de la *cognitio extra ordinem* se da acogida, asimismo, a las pretensiones sobre los honorarios de profesiones liberales, entre otras que se fueron incluyendo paulatinamente en su lenta evolución. (Como por ejemplo, la *querella inofficiosi testamenti* –los primeros datos sobre la aparición como escribe D’ORS., A.²⁰ son inseguros-. El A., advierte que un entrecruzamiento de ambos tipos de procedimiento (*cognitio* y *ordo*), lo encontramos sólo en dos casos: en las cuestiones de estado y en la precitada *querella*, como es sabido, la *querella*, durante algún tiempo coexistió con el tribunal de los centumviros, hasta que al desaparecer éste, la *cognitio* fue el único procedimiento). Asimismo, el A., recuerda con LUZZATTO, G.I., las importantes matizaciones acerca de la *cognitio* en las provincias (tanto senatoriales como imperiales), limitaciones y distinciones, influencia de las jurisdicciones locales y sus características, plasmando una serie de observaciones que justifican indudablemente la importancia del cuadro historiográfico y la configuración de la *cognitio extra ordinem* desde sus orígenes. El carácter particular de la problemática relativa a la prestación de alimentos, que centra nuestra atención preferente, nos lleva a transcribir, con mayor detalle, las importantes observaciones al respecto (p. 202-203): “Las pretensiones sobre alimentos entre parientes en línea recta, eran absurdas según el *ius civile*. La *patria potestas* del *pater* lo ponía al margen de cualquier proceso intentado contra él por sus hijos,

rum privatorum— resalta asimismo la pluralidad de factores proclives a su implantación paulatina, lenta, progresiva, pues, como es sabido, no hay una fecha exacta que nos pueda determinar el punto de partida: 1.- La *cognitio magistratual*, especialmente del pretor, que tomaba algunas medidas sobre la base de su *iurisdictio* —al margen del procedimiento ordinario, el magistrado examinaba los hechos y realizaba un decreto, el lugar de la sentencia del juez, con el cual da por finalizada la causa, aunque sea provisionalmente—. 2.- La competencia jurisdiccional que se arrogó el *Princeps*, a partir de Augusto —con la promulgación de los decretos resuelve de modo definitivo un litigio, al margen de los trámites ordinarios anteriores—. 3. - Amparo y protección jurisdiccional de ciertas materias por parte del *Princeps* —materias que no tenían acogida y defensa procesal habitual en los anteriores sistemas del *ordo*, permitiendo su examen jurídico definitivo a algunos funcionarios, verbigracia, prestación de alimentos, fideicomisos, cuestiones relativas al *status* de la persona física, etc—. 4. - Procesos que se desarrollaban fuera de Roma —los funcionarios que actúan por delegación del emperador con competencia jurisdiccional plena—. (Conocimiento de la causa de principio a fin, no siempre aplicaban el procedimiento ordinario —optativo—, y a veces el derecho local).

2. Volviendo al hilo conductor sobre los indicios previos a esta protección procesal extraordinaria en tema de alimentos, haremos un breve comentario.

La ley Aelia Sentia¹⁴ del 4 d.C., en los supuestos en los que el patrono hubiera dejado de dar alimentos a su liberto¹⁵, le priva, tanto a él como a quien pudiera corres-

emancipados o no. Ciertamente el *pater* tenía el deber de cuidar de sus hijos y asistirlos convenientemente, pero su conducta era juzgada no en la jurisdicción ordinaria, sino por el censor en su *régimen morum*. Cuando deca-
yó el tribunal censorio, se sintió la exigencia de otras garantías, interviniendo entonces el Derecho imperial, que sanciona la obligación de alimentos, reaccionando con mayor realismo que la jurisdicción ordinaria que no sabía librarse de su espíritu conservador sobre la estructura de la familia”. Como afirma el A. (unas líneas más abajo p. 203), “podemos por tanto establecer que los emperadores han intervenido con la *cognitio extra ordinem* al objeto de integrar el procedimiento del *ordo* donde éste aparecía con lagunas o insuficiencias”. La *cognitio* imperial, sin pretender fracturar la armonía con el cauteloso conservadurismo del mundo romano, fue introduciendo los medios necesarios para reclamar directamente de la autoridad pública, las causas que ofrecían mayores dificultades para hacerlas valer en el marco de la jurisdicción ordinaria, de ahí que no resulte nada extraño que parte de la doctrina (KASER, M., TORRENT, A.) haga hincapié en el carácter revolucionario en todos estos casos de *cognitio*, y que se resalte con insistencia que el origen haya que buscarlo fuera del *ordo*. Los casos más antiguos de *cognitio extra ordinem*, como vimos anteriormente con este romanista, “serán provocados por causas muy concretas que trajeron la intervención de Augusto, mientras su ordenación general sólo se producirá mucho más tarde, quizá con Marco Aurelio desde el punto de vista legislativo, y con Callistrato (siglo III d.C) desde el punto de vista jurisprudencial”. Hablar de casos muy concretos, en sede *extra ordinem*, que no coinciden en principio con las materias propias del *ordo*, que no daban acogida a determinadas reclamaciones, sin duda, también necesarias, que tenían que superar el conservadurismo ordinario reticente a las innovaciones revolucionarias, que a pesar del respeto pretendido a las sentencias de los jueces, puedan atacar ciertos decretos de los magistrados, justifica claramente tanto la desconexión entre uno y otro procedimiento como la imperiosa necesidad real, de subsanar las deficiencias propiciatorias de las nuevas necesidades respecto al precedente y concurrente proceso del *ordo*. En suma, se pretende reformar los principios más arcaicos existentes, crear jurisdicciones especiales fuera del sistema procesal ordinario y nuevos campos de acción judicial para atender los supuestos más allá de los límites del *ordo*. Una confirmación evidente del carácter más innovador y revolucionario imperial frecuentemente afirmado por parte de la doctrina, y donde las lagunas y deficiencias que anteceden y concurren con la *cognitio*, puedan ser superadas. (Para continuar con las observaciones del A., cfr., el extenso capítulo XV de su manual de Derecho Privado Romano, “La *cognitio extra ordinem*: Orígenes y características” (20 pp.).

14 Cfr. ROTONDI, G., *Leges populi romani*, en Acta Divi Augusti, Roma 1945, p. 218; Rotondi, *Leges publicae populi romani*, Milán 1912, p. 456. La ley Elia Sencia, como recuerda D’ORS, A., *Derecho Privado Romano*, 9ª ed., cit., p.168, declaraba sin efecto las manumisiones testamentarias hechas por el que dejaba una herencia insolvente. Cfr. X. D’ORS., SDHI, 1974, p. 425.

15 Sobre la prestación de alimentos del patrono frente liberto, además de la Lex Aelia Sentia (D. 38.2.33), que estamos analizando, conviene recordar los siguientes textos que nos parecen muy significativos. Se advierte también, que por incumplimiento de la obligación el patrono pierde el *ius patronatus* (nos lo recuerda Marciano, en D. 37.14.5.1: *Imperatoris nostri rescripto caveatur, ut, si patronus libertum suum non aluerit, ius patroni perdat*). Asimismo, el patrono que no da los alimentos correspondientes al liberto (por causa de manumisión) cuando le son reclamados, aunque no se le pueda forzar al cumplimiento, será

ponder, de los servicios que hubiera impuesto en la manumisión, así como también de la herencia del liberto a él y sus descendientes, a no ser que hubiera sido instituido heredero; asimismo, se verán privados de la posesión de los bienes que no sea conforme al testamento. En este sentido se expresa Modestino¹⁶, discípulo de Ulpiano¹⁷, en el siguiente fragmento tomado del libro *singulari de manumissionibus*, contenido en D. 38,2,33:

Si patronus non aluerit libertum, lex Aelia Sentia adimit eius libertatis causa imposita tam ei, quam ipsi ad quem ea res pertinet, item hereditatem ipsi et liberis eius, nisi heres institutus sit, et bonorum possessionem practerquam secundum tabulas.

En principio, se podría presuponer asimismo, con cierta concurrencia cronológica (contemporáneamente o casi), mediante el derecho extraordinario, que se hubiera previsto una perspectiva analógica respecto a los alimentos del patrono, lo que vendría a demostrarnos mayores indicios de reciprocidad de la prestación.

Sin distanciarnos de este período del principado, como una supuesta perspectiva en el mismo contexto de indicios, muy marginal, y sin contar con fuentes que en principio avalen el efecto reflejo, pero, al menos, implícita en el espíritu de la época a nuestro modo de ver, quizá, podríamos recurrir al combinado de expresiones doctrinales más conocidas, y redactar nosotros una conjetura más remota. Nuestra reflexión, aparentemente superflua, no es otra que la de recordar con la doctrina, que, dentro de la misma Italia, el procedimiento cognitorio se venía utilizando desde Augusto y emperadores siguientes¹⁸, se aplicaba, fuera de la jurisdicción del Pretor, a las reclamaciones, entre otras, de alimentos entre parientes¹⁹. Instituciones que, en definitiva, el príncipe había dotado por primera vez de sanción jurídica. La acción pierde su tipicidad y se convier-

castigado con la pérdida del patronato (D. 25,3,6). En análogo sentido, como hemos visto según La ley Elia Sentia, si el patrono hubiera dejado de dar alimentos a su liberto, quedará privado de sus expectativas hereditarias y de los servicios impuestos en la manumisión (D. 38,2,33 pr.). La reciprocidad elemental –liberto respecto al patrono–, aparece regulada en el período clásico (extra ordinem), y se inspiraba, como es sabido, en las reglas analógicas propias de las relaciones de parentesco en tema de prestación de alimentos (cfr., entre otros, KASER, M., ZSS, 58, 1938, pp. 134 y ss. (Asimismo, véase D. 25.3. *de agnoscendis et alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis*). En este sentido, se podría decir con ZOŽ, M.G., *In tema di obbligazioni alimentari*, cit., p. 349, que parece casi una imitación de la que existe entre el hijo frente al padre. El criterio expositivo empleado por Ulpiano para hacer hincapié en esta obligación de alimentos del liberto respecto al patrono parece bastante exhaustiva (ocupa del 18 al 26 de D. 25,3,5): Entre patrono y liberto también los jueces están legitimados para conocer las causa, y decretar, cuando proceda, que se den los alimentos necesarios; deben darse alimentos en proporción a los bienes, y siempre que los patronos se hallen en necesidad; a los descendientes de los patronos (en este apartado, D.25.3.5,20, se habla más que de un deber legal, de un deber de obsequio, lo que ha suscitado un debate doctrinal profundo –dentro del *obsequium*, extendiendo el deber hacia el patrono necesitado, a los hijos del patrono y, en algunos casos, a los progenitores del mismo–, que no retomaremos en esta sede); los libertos quedan excluidos de esta obligación perseguible *extra ordinem*, en los supuestos de manumisión por causa fideicomisaria, y aquellos en los que su rescate fue con el propio dinero; la obligación de alimentos no se extendía al liberto del liberto; también se niega que el liberto paterno tenga que mantener o alimentar al hijo de aquel que le acusó de un crimen punible. Respectivamente, en D.25.3.6.1, los libertos que han injuriado, pegado o abandonado en la pobreza o enfermedad, a sus patronos, vuelven a recaer bajo la potestad de sus patronos (incluso puede ser vendido por el magistrado). La liberación de esta carga también se produce por la insuficiencia patrimonial del liberto.

16 Cfr., GÓMEZ IGLESIAS, A., *Herennio Modestino (Herennius Modestinus) (ca. 185 –s. III d.C.)*, Juristas Universales, vol. I, op. cit. pp. 214 y ss.

17 Cfr., HONORÉ, T., *Domicio Ulpiano (Domitius Ulpianus) (ca. 170-223/224 d.C.)*, Juristas Universales, vol. I, op. cit. pp. 208 y ss.

18 D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, 9ª ed. Pamplona 1997, p.170.

19 Cfr., entre otros, GROSSO, G., *Premesse generali al corso di diritto romano*, 4ª ed. 1960, pp. 127 y ss. (En consonancia con GROSSO), A. ARTHUR SCHILLER, *Alimenta in the sententiae Hadriani*, en St. GROSSO, G., vol. IV, 1971, pp. 399 y ss. D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, cit. pp. 62 y ss.; pp.170 y ss.

te en un modo de pedir justicia²⁰. La acción es ahora, por tanto, una petición al Estado para que este otorgue protección jurídica al demandante²¹. Ya en la época en que estaba vigente el procedimiento formulario, en determinadas ocasiones, el magistrado conocía y fallaba por sí mismo —en determinados asuntos nuevos, o de menor trascendencia—, realizando un simple acto de *cognitio*. Junto al procedimiento extraordinario normal, se habla de la modalidad de los procedimientos sumarios, *summatim cognoscere*, en los que se atenúan las medidas de prueba, para dar mayor rapidez y celeridad en la resolución de las controversias, por ejemplo, en la acción para reclamar alimentos²². Y sin prejuzgar nosotros ahora la estructuración reglamentaria y fehaciente, propuesta en la franja temporal (Antonino Pio- Marco Aurelio), acerca de la admisión de este tipo de reclamación (deudas de alimentos entre parientes), ante los cónsules (reconocida por la doctrina mayoritaria), se podría añadir algo más.

La legislación augustea, como es bien sabido, se oponía a la degeneración de la vida matrimonial, especialmente con la finalidad de incrementar los nacimientos, al margen de conseguir los conocidos efectos moralizadores y dignificantes de las uniones conyugales. Un incremento de los nacimientos bien perseguido por este emperador, implicaba asimismo arbitrar ciertos mecanismos, no sólo de carácter público, para asegurar la subsistencia de los mismos. El hecho de prestar una especial atención, con objeto de incrementar la población, presupone tanto propiciar los nacimientos, como pensar en la eficacia de fortalecer la manutención y subsistencia debida a los nuevos miembros de la comunidad, tomando como principal eje referencial la legitimación matrimonial con sus consiguientes efectos de perdurabilidad en cuanto al hecho nupcial, y a propósito del mantenimiento de sus miembros.

Cabría cuestionarse, en este ámbito augusteo en el que la natalidad representa un interés primordial (con unos precedentes en los que parece impensable encontrar vías de reclamación de alimentos dentro del marco del conocido *ordo iudiciorum privatorum*, por las concepciones propias de la época sobre los diferentes miembros del grupo familiar originario, *paterfamilias*, o jefe de familia, con todas las facultades potestativas respecto a los sometidos), si la vía extraordinaria no escuchó desde sus comienzos, al menos, el eco de estos ideales morales y sociales, tomando en consideración los aspectos más puntuales y operativos sobre el plano social y jurídico para garantizar las nuevas exigencias (un modo de pedir justicia, también acerca de nuestro tema analizado), que pudieran contribuir de manera directa y complementaria a los fines planteados por las perspectivas del principado de Augusto. No obstante, queremos añadir, que se trata de motivos históricos, que por supuesto no convergen ni con los exégeticos ni dogmáticos a favor de la minúscula hipótesis que hemos sugerido en el campo de las probabilidades y tentativas.

Como se ha señalado reiteradamente, la reclamación de alimentos, entre otras nuevas, hunde sus raíces en la nueva etapa del derecho procesal romano, en sede de *cognitio extra ordinem*. No hay grandes motivos para dudar de la configuración esencial, pero sí existen grandes dificultades para establecer los propios orígenes de la *cognitio*, su paulatina introducción y concurrencia con el procedimiento formulario, hasta su definitiva implantación unitaria (siglo III). De los orígenes de la *cognitio* y el debatido problema doctrinal que sigue latente y abierto,²³ un punto de particular relieve hay que con-

20 D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, cit., p.172.

21 ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursicino., *Derecho romano*, Madrid 1967, p. 45. Cfr. D'ORS, A., ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursicino, (1907-1980), *Juristas Universales*, vol. 4, op.cit. p. 736 y ss.

22 ÁLVAREZ SUÁREZ, Ursicino., *Derecho romano*, cit., p. 45.

23 Cfr. LUZZATTO, G.I., *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, I, Bologna 1965, pp. 1 y ss.

cederle, a nuestro juicio, a los que mantienen la idea de que su búsqueda quizá deba estar más centrada fuera del *ordo*, basándose especialmente en el poder del *princeps* –que parece, en principio, a nuestro modo de ver, que responde mejor al espíritu estatizador e intervencionista de la jurisdicción del principado, como ya hemos comentado–.

Las reclamaciones de fideicomisos y *bona caduca* se insertan en el contexto augusteo y el procedimiento cognitorio. (Augusto encomendó las pretensiones de fideicomisos a los cónsules, nos recuerda A. d'Ors.²⁴. Sobre el reconocimiento de las pretensiones del *aerarium* a los *bona caduca et vacantia* regulados por la *lex Iulia de maritandis ordinibus* (18 a.C), y por la *lex Pappia Poppaea* (9 d.C), cabría recordar con este Autor, “que el proceso era a iniciativa de un *delator* privado ante los *praefecti aerarii*”).

La amplitud respecto a la capacidad innovadora de este procedimiento de la cognitio, en cuanto a las causas nuevas que podrían encontrar fiel acogida, y la atención especial prestada desde Augusto, y sucesores, son afirmadas reiteradamente por los investigadores, lo que podría hacer innecesario, quizá, una determinación por elenco más exhaustiva; si bien, echamos en falta, en líneas generales, un breve intento de elenco en cuanto al resto de los casos de actuación justificada, también atribuibles a Augusto, si pensamos en la conveniencia de regular nuevos campos de acción judicial y en la necesidad de crear jurisdicciones especiales fuera del *ordo*; como es bien sabido, en la mayoría de las ocasiones en las que se realiza una revisión de esta índole, el supuesto de los fideicomisos y *bona caduca*, concentra de manera especial la atención doctrinal, y casi siempre a título de ejemplo, o de forma singular. Quiero reiterar, que nos referimos ahora a las remisiones expresas a Augusto.

La conveniencia de atender nuevos campos de acción judicial (en sede *extra ordinem*), o la de reformar los existentes, nos induce nuevamente a cuestionarnos la proyección de estas alternativas jurisdiccionales en el campo de los posibles tentativas indiciarias en tema de alimentos, con anterioridad a la plasmación fehaciente formulada desde Antonino Pio y Marco Aurelio –consensuada, como es sabido, por numerosos estudiosos como primera posibilidad legislativa–. La inexistencia documental hace inviable una exégesis de estas connotaciones de precedencia apuntadas, pero en el ámbito de las presunciones, a nuestro juicio, no sería demasiado extraño –recuerde el lector lo que a este respecto dijimos *supra*–, centrándonos en el momento de arranque, Augusto, es decir, en la esfera de acción de la *iurisdictio* del *princeps*, en la admisión indudable sobre la coexistencia y concurrencia de ambos procedimientos (la vía extraordinaria y la del *ordo*, donde se verifica una ancha etapa intermedia que evoluciona lentamente –durante la época de Adriano su concurrencia con el *ordo*, es más creciente²⁵–, y termina por desplazarlo precisamente en el momento de tránsito a la época post-clásica, ya en el siglo III d.C), y en que la coexistencia o concurrencia no tiene que significar necesariamente continuidad (entre *ordo* y *extraordinem*), salvo algunos matices marginales o indirectos.

Si a estas premisas unimos todas nuestras observaciones previas, obviamente en sede de conjeturas, respecto a las cuestiones que se podrían suscitar, expresamente en los exordios del principado de Augusto, propiciador del incremento de la natalidad y aumento de la población, no sería tan improbable y cuestionable el esfuerzo del emperador en favorecer las mejores condiciones para el mantenimiento y sustento de los miembros de la comunidad, contrarrestando, en ocasiones puntuales, los principios más tradicionales mantenidos por el conservadurismo ordinario, propio del *ius civili*, con

24 D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*, 9ª ed., cit., p.170 n.4., y 5.

25 En este sentido, cfr., entre otros, D' ORS., A. *Derecho privado romano*, 9ª ed. cit., p. 169; LUZZATTO, G.I., *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, Bologna, 1965, p. 8 y ss.

vistas a garantizar con mayores refuerzos la indeseable degeneración factible del *officium pietatis* (el deber que el padre tenía hacia sus hijos conforme a las concepciones romanas), en el marco de la familia romana, y donde las facultades potestativas del *pater* denotan la exención de tratamientos obligacionales respecto a los miembros del grupo familiar en relación al jefe de familia.

Antes de continuar con nuestro análisis indiciario referido por parte de la doctrina (Lex Aelia Sentia, Sc. Planciano, testimonio de Labeón D.27.3.1.4, valoración de algunas sentencias de Adriano, etc.), hasta llegar a las incuestionables afirmaciones legislativas, tantas veces citadas, en el entorno de Antonino Pio y Marco Aurelio, que no escapan de una profunda valoración jurídica, en vía de hipótesis, quisiera recordar el cuestionamiento de Lavaggi, G.,²⁶ “non è forse azzardato congetturare che l'intromissione del console sis stata provocata, in casi gravi di violazione dei doveri di assistenza inerenti alla *patria potestas*, da ricorsi *extra ordinem*, di terzi al magistrato segnalanti l'abuso e chiedentine la eliminazione”.

En nuestra opinión, en cualquier caso, un reconocimiento de este tipo acerca de la prestación de alimentos, que escapa obviamente de la auténtica valoración jurídica, admite un juicio positivo general que no está privado de base – implícita –, en el orden lógico de las cosas. Asimismo, no debemos excluir que las consideraciones de carácter universal, *equitas*, *pietas*, *ratio naturalis*, etc., inspirasen en estado latente la legislación clásica, aunque afloren con particular insistencia, a modo de nota dominante, en el nuevo derecho como fundamento del instituto²⁷.

3. Una atención especial, también a nuestro juicio, podría concedérsele al siguiente comentario sobre el *senatusconsultum* Planciano:

Como es sabido, el Sc. Planciano es considerado por algunos autores de fecha indeterminada (García Garrido, M.J., entre otros); incluso quizá de la época de Vespasiano, 69-79, (D'ORS, A., Zoz, M.G., Karlowa, O., entre otros). O como sugieren algunos estudiosos, se trata de un Sc. un poco anterior a Adriano, 117-138 (Costa, E.,). De la época de Trajano, 98-117, o poco antes del 98 (Lanfranchi, F.,). O bien, de la segunda mitad del siglo I, abarca desde Nerón, Vespasiano, hasta comienzos de la era Trajano, (Falaschi). Otros lo sitúan entre el 117 y el 125 (Declareuil). En esencia podríamos resumir con D'ORS, A., que el senadoconsulto Planciano “concedió a la mujer divorciada la facultad de urgir a su ex –marido para el reconocimiento del hijo que esperaba”. Pensar que presupone claramente la afirmación de una obligación del padre respecto al hijo, en relación a su reconocimiento no parece exagerado:

D. 25,3,1 pr.-1 (*Ulpianus*, libro XXXIV *ad edictum*): *Senatus consultum <(Planciano)>, quod factum est de liberis agnoscendis, duas species complectitur; unam eorum qui agnoscunt, aliam earum quae falsum partum subiciunt. Permittit igitur mulieri parentive in cuius potestate est vel ei cui mandatum ab eis est, si se putet praegnatem, denuntiare intra dies triginta post divortium connumerandos ipsi marito vel parenti in cuius potestate est, aut domum denuntiare, si nullius eorum copiam habeat.*

D. 25,3,3,1 (*Ulpianus*, libro XXXIV *ad edictum*): *Quia Plancianum senatus consultum ad eos partus pertinet qui post divortium eduntur; aliud senatus consultum temporibus divi Hadriani factum est, ut, etiamsi constante matrimonio partus sit editus, de agnoscendo eo agatur.*

²⁶ LAVAGGI, G., *Alimenti (diritto romano)*, ED, cit., p. 19. “un po' come, in altro campo, accade in D. 27,2,4,” del que se desprende que la brecha queda abierta a este tipo de recursos.

²⁷ Cfr. BIONDI, B., *Diritto romano cristiano*, III, Milano 1954, (*Alimenti*), p. 296 y ss.

Del Sc. Planciano, se infiere la introducción de una acción *extra ordinem* para el reconocimiento de los hijos que todavía no han nacido cuando se produce el divorcio²⁸. Con objeto de conseguir el posible reconocimiento de los hijos nacidos, si el parto tuviera lugar durante el matrimonio, se produce la extensión del Sc. Planciano, medianamente otro Sc. posterior (en tiempos del emperador nacido, probablemente, en Hispania, Adriano, D. 25,3,3,1)²⁹

Aunque no represente, en esta sede una fuente de capital importancia el estudio exhaustivo del Sc. Planciano³⁰, la inquietud que nos acompaña nos induce a intentar aproximarnos, con la doctrina, a la determinación cronológica que nos ofrezca menos incerteza; si bien, las hipótesis formuladas hasta ahora, y las que podamos confirmar, dejan abierto el campo de las conjeturas.

En este sentido, cabría decir, si nos atenemos al sentido más cercano a la coherencia del tenor literal que nos intenta transmitir Ulpiano en su libro XXXIV *ad edictum*, D. 25,3,3,1³¹, evidentemente la no concurrencia temporal del Sc. adrianeo no tendría que suponer necesariamente la remisión del Sc. Planciano a una época extremadamente anterior. Tampoco, el contexto temático y la oportuna respuesta de la época adrianea para resolver una cuestión latente en el mismo, induce a pensar en un espacio temporal demasiado amplio. Cuando en el contexto que transcribimos, transmitido por Ulpiano, abordamos la determinación histórica que nos permita una datación del segundo Sc., que en cierta forma representa una especie de medida complementaria, o, permítasenos la expresión, correctora de una situación que se reclamaba como necesaria en el entramado familiar, observamos que la expresión empleada por Ulpiano, a este respecto, es, *...alius Senatusconsultum temporibus Divi Hadriani factum est*. Analizar una terminología similar puede no significar urgencia en la solución complementaria (el segundo Sc., se hizo en tiempos del divino Adriano), pero tampoco tendría que inducir a presuponer que el Sc. Planciano se hubiera introducido en un momento completamente aislado en el tiempo, si pensáramos que la referencia Ulpiana a hechos, instituciones y disposiciones encuadradas en otras épocas, fácilmente se pueden relatar por los intérpretes acudiendo a esta terminología utilizada por Ulpiano. En suma, otra de las probables hipótesis que podemos barajar, pretendería marcar la distancia temporal que puede hacer pensar en ocasiones la propia expresión “en tiempos de”, “en época del” (empleadas por juristas posteriores), no respecto al Sc. Planciano y el Sc., de la fase adrianea, sino, más bien, en relación al momento de aparición de esta segunda resolución complementaria que nos relata Ulpiano. De esta forma, podría pensarse, en el campo de las posibilidades, y más oportunamente, en la tentativa de comprender el espíritu de las afirmaciones en discusión, que Ulpiano, no se esfuerza en revelar la fecha de

28 Véase el comentario a este respecto de LANFRANCHI, F., <<Ius exponendi>> e obbligo alimentare nel diritto romano-classico, SDHI vol. 6, 1940, pp. 6 y ss.; Id., Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano: I. L'agere ex senatusconsulto de parto agnoscendo (1953); II. La cosiddetta presunzione di paternità (1964); Id. Prime considerazioni sull'impugnativa di paternità in diritto romano classico, en St. VOLTERRA, vol. 4, 1971, pp. 105 y ss.; Id. L'agere ex Senatusconsultis de parto agnoscendo, Bologna 1953, p. 54, n. 170.

29 Las reflexiones jurisprudenciales procuran añadir otro aspecto complementario que no había sido suficientemente confirmado, al encajar en el espíritu del Sc. Planciano los supuestos en los que el hijo nace después de la muerte del padre, admitiendo, por tanto, la reclamación de reconocimiento al abuelo: D. 25,3,3,2 *Ulpianus*, libro XXXIV *ad edictum*: *Quid ergo, si quis post mortem patris nascatur avo superstite, in cuius potestate recasurus est, ut si ex filio eius susceptus probetur? Videndum quid dici debeat et certe probandum est cum avo praeiudicium de partu agnoscendo similiter agendum*.

30 Si bien, será objeto de tratamiento preferente en tema de prestación de alimentos entre cónyuges más adelante.

31 D. 25,3,3,1 (*Ulpianus*, libro XXXIV *ad edictum*): *Quia Plancianum senatus consultum ad eos parus pertinet qui post divortium eduntur, aliud senatus consultum temporibus divi Hadriani factum est, ut, etiamsi constante matrimonio partus sit editus, de agnoscendo eo agatur*.

origen del Sc.Planciano, quizá porque la desconocía, quizá porque sólo quería matizar el aspecto complementario que aportaba el segundo Sc., quizá porque resultaba obvia su precedencia cercana en el tiempo, lo cual sería comprensible (recuérdese que Costa, E.,³² lo ubica en el mismo período de Adriano)³³.

De particular relieve, a este respecto, nos parecen las argumentaciones de Lanfranchi, F.,³⁴ cuando nos recuerda la epístola de Plinio y Trajano, y la respuesta de éste:

Ep. LXII: *Postulantibus quibusdam ut de agnoscendis liberis restituendisque natalibus et secundum epistolam Domitiani scriptam Minucio Rufo et secundum exempla proconsulum ipse cognoscerem, respexi ad senatus consultum pertinens ad eadem genera causarum, quod de iis tantum provinciis loquitur quibus proconsules praesunt; ideoque rem integram distuli, dum tu, domine, praeceperis quid observare me velis.*

Ep. LXIII: *Si mihi senatusconsultum miseris, quod haesitationem tibi fecit, aestimabo an debeas cognoscere de agnoscendis liberis et natalibus veris restituendis.*

Lanfranchi, F.,³⁵ realiza dos observaciones a este propósito: Plinio y Trajano hablan sólo de un senadoconsulto (y esto confirma para nuestro autor los términos de Ulpiano), pero que no se mencione el nombre (Planciano), resulta por lo menos extraño. En segundo lugar, prosigue este estudioso, el hecho de que el emperador requiera el envío del texto del Sc., para poder realizar una toma de posición directa, puede hacer pensar que él no conoce el tenor del mismo. Y esto puede constituir una presunción considerable para situarlo en un periodo de tiempo antecedente a Trajano, si bien, muy poco tiempo, es decir antes del 98.

Como es sabido, los comentarios de los escritores sobre las posibles alteraciones de la epístola de Plinio, han sido numerosos (especialmente de carácter lingüístico)³⁶, si bien, como señala Lanfranchi, F.,³⁷ en el supuesto planteado por Plinio, no sería significativo objetar que las cartas de Trajano son cartas privadas y no demuestran el estilo de

32 COSTA, E., *Storia*, 1925, pp. 72 y ss. En tal caso, como señala LANFRANCHI, F., <<Ius exponendi>> e obbligo alimentare nel diritto romano-classico, SDHI vol. 6, 1940, pp. 6 y ss., habría que admitir, en relación a la epístola de Plinio y Trajano (Ep. LXII, y, LXIII), la existencia de otro senadoconsulto anterior sobre la misma materia que el senadoconsulto Planciano, lo cual no parece probable.

33 Cfr. LANFRANCHI, F., <<Ius exponendi>> e obbligo alimentare nel diritto romano-classico, SDHI vol. 6, 1940, pp. 6 y ss., y n.5.

34 LANFRANCHI, F., <<Ius exponendi>> e obbligo alimentare nel diritto romano-classico, SDHI vol. 6, 1940, pp. 6 y ss., y n.5.

35 LANFRANCHI, F., <<Ius exponendi>> e obbligo alimentare nel diritto romano-classico, SDHI vol. 6, 1940, pp. 6 y ss.

36 Acerca de esta cuestión, y siempre dentro de la epístola de Plinio transcrita, el mismo LANFRANCHI, F., <<Ius exponendi>> e obbligo alimentare nel diritto romano-classico, SDHI vol. 6, cit., pp. 6 n.5, formula algunas consideraciones de carácter lingüístico, en relación a ciertas palabras y locuciones de las que sospecha la crítica interpolacionista. En relación al adverbio *ideoque*, (cfr. en la Ep. LXVI *et ideo*), la construcción de *dum* con el conjuntivo y el término *haesitatio*, ya registrado en el índice de Guarneri-Citati (sobre *et ideo*, *ideo*, *ideoque*), además del uso de *observare* no en la acepción habitual. Nuestro autor no duda en señalar la inverosimilitud de una distinción neta y completa entre lengua jurídica y extrajurídica (cfr. respecto *haesitatio*, Cic., epist. 3,12,2; Val. Max. 8,1; Quint. Inst. or. 12,1,40: *non mediocris haesitatio est*; Tac. Hist. 1,39; 1,80,3; 2,45; Plin. Nat. Hist. 36,28. En cuanto a *observare*, cfr. Cic. de orat. 1,109; ad att. 1,13,2; Caes. I,45,3; Tac. Germ. 27,1; Ann. 4,37,12). Asimismo, nos advierte que tampoco vale objetar, en el supuesto planteado de Plinio, la falta de conocimiento de la terminología jurídica más técnica, puesto que según su trayectoria estaba muy al corriente de la misma.

37 LANFRANCHI, F., <<Ius exponendi>> e obbligo alimentare nel diritto romano-classico, SDHI vol. 6, 1940, pp. 6 y ss., y n. 5.

la cancillería del siglo I y II, o que Plinio era un retórico. Esto no tiene mayor importancia, por ejemplo, nada impide pensar que el término *haesitatio*, de hecho nada técnico, no haya sido utilizado también por la cancillería imperial. En suma, como nos recuerda este estudioso, Plinio no fue sólo un retórico, sino un abogado, pretor de un legado imperial y, como tal, investido de las funciones jurisdiccionales, por tanto al corriente de los conceptos y de la terminología jurídica.

Con esta suerte de datos y explicaciones particulares tan sugerentes, decir que el ámbito cronológico preferible para encajar la publicación del Sc. Planciano, parece estar claramente relacionado con el tramo final del siglo I y principios del segundo, no suscita grandes dudas para nuestros fines. Si bien, a la hora de intentar transmitir un dato referencial en nuestros escritos, no supondría demasiado inconveniente para nosotros pensar en la proximidad a la era de Trajano, como también ha sugerido Lanfranchi, F.,³⁸.

4. Volviendo, pues, al tema de las veladas alusiones que sirven como indicios sobre la prestación de alimentos, no resulta, por tanto, nada extraño, que A.A. Schiller³⁹, consciente de la importancia de las apreciaciones de Grosso, G., recogidas en sus *Premesse generali al corso di diritto romano*⁴⁰, a propósito de la discusión de la *cognitio extra ordinem*, se sintiera inducido a esclarecer en parte el rol de los emperadores en la evolución del derecho durante la etapa del Principado, aportando algunos datos de interés a nuestros fines. Grosso, G., entre otros, a los que ya hemos hecho referencia, decía que se trata, sobre todo, de relaciones nuevas que no aparecían tuteladas según el procedimiento ordinario, en las cuales se afirmaba claramente un deber social, y sobre el cual se siente la necesidad y el deber de dar una sanción jurídica; sanción que viene reconocida mediante la *cognitio extra ordinem* del magistrado (por ejemplo, fideicomisos, alimentos). Con estas premisas, A.A. Schiller nos sugiere la posibilidad de hablar del concepto de alimentos ya desde la primera centuria de la influencia imperial. Para ello se centra en el análisis de tres *sententiae* del emperador Adriano. La obligación recíproca de alimentos la infiere de la *Sententia Hadriani* & 4⁴¹, y de la *Sententia Hadriani* & 14⁴², respectivamente. En relación a los guardianes que patentizan la obligación de alimentos, nuestro jurista acude a la *Sententia Hadriani* & 12⁴³. En suma, este autor insiste en demostrar la inestimable información respecto al desarrollo de los alimentos recíprocos que nos transmiten las sentencias referidas de Adriano, lo que le induce a reconsiderar la fecha de introducción de esta institución. En este sentido -frente a los estudiosos que hayan sugerido un cierto reconocimiento desde finales de la república⁴⁴, los sostenedores de la teoría que establece como primera evidencia clara, respecto a la obligación legal de alimentos, los rescriptos de Antonino Pío y Marco Aurelio⁴⁵ (que son la mayoría), y los que subrayan la posible petición de alimentos en

38 LANFRANCHI, F., <<Ius exponendi>> e obbligo alimentari nel diritto romano-classico, SDHI vol. 6, 1940, pp. 6 y ss., y n. 5.

39 A.A. SCHILLER, *Alimenta in the sententiae Hadriani*, en St. GROSSO, G., vol. IV, 1971, pp. 399 y ss.

40 GROSSO, G., *Premesse generali al corso di diritto romano*, 4ª ed. 1960, p. 127.

41 *Corpus Glossariorum Latinorum* III 32.13 – 32.32.

42 *Corpus Glossariorum Latinorum* III 36.49 – 37.15

43 *Corpus Glossariorum Latinorum* III 35.41 – 36.14.

44 Cfr. D. 27,3,1,4 (Ulpianus, libro XXXVI ad edictum): Praeterea si matrem aluit pupilli tutor, putat Labeo imputare eum posse: sed est verius non nisi perquam egenti dedit, imputare eum oportere de largis facultatibus pupilli: utrumque igitur concurrere oportet, ut et mater egena sit et filius in facultatibus positus. ORESTANO, R., *Alimenti (Diritto romano)*, NNDI vol. I, Torino 1957, pp. 482 y ss.; VOLTERRA, E., *Istituzioni*, pp. 681.

45 Cfr., además de los ya citados precedentemente, BUCKLAND., W.W., *Text-book of roman law*, 2ª ed. 1963, p. 663; SCHULZ, F., *Principles of roman law*, Oxford 1936, p. 201;

las relaciones familiares desde Antonino pío⁴⁶-, A.A. Schiller⁴⁷ afirma, que si las sentencias de Adriano son auténticas (lo cual no ofrece la menor duda para el autor), “then the right of an impoverished parent to maintenance on the part of his or her child can be pushed back to the reign of Hadrian”. En definitiva, las decisiones de Adriano, contribuyen a nuestro conocimiento de la institución de alimentos durante el período del principado. Como es sabido, pocos escritores habían sugerido, al menos recientemente, que el propio emperador atendiera demandas de esta naturaleza⁴⁸. La competencia del emperador para escuchar casos en primera instancia no constituía el principal objeto de discusión por la doctrina (Kaser, M.), pero se señalaba una sustancialidad incompleta, más bien informal, *in transitu*; *summam cognoscere*; investigación preliminar; medidas interinas que en el fondo no pretenden determinar la relación de parentesco (Simon). Las sentencias de Adriano no aportarán conclusiones decisivas respecto a los efectos no prejudiciales de las órdenes imperiales, pero sí aclaran, al menos, según nuestro autor, la comprensión del desarrollo de esta institución.

Dentro de esta línea de pensamiento propuesta por A.A. Schiller⁴⁹, no se nos ocultan las dificultades que puede llegar a entrañar el cómputo de valoraciones particulares que formula en su estudio, si bien, a nuestro juicio, aunque faltan datos en las fuentes, esa posibilidad admitida por nuestro estudioso, podría confirmarnos, quizá, la innecesariedad de reforzar los indicios de la institución de alimentos remitiéndonos a épocas que parecen demasiado avanzadas, como suele ser habitual en los numerosos estudios al respecto (Antonino Pío – Marco Aurelio). Desafortunadamente, tampoco nosotros podemos desvincularnos por completo de unas observaciones tan reiteradas por la doctrina más autorizada, que, si bien, en la mayoría de las investigaciones, parece que la cuestión dubitativa permanece en el fondo de sus argumentaciones, optan por converger en un punto de partida más consensuado, al que ya nos hemos referido.

5. En este sentido, y dentro de las explicaciones indiciarias sobre la institución objeto de análisis, un punto de particular relieve representa, por ejemplo, la afirmación de Bonfante, P.,⁵⁰ donde nos dice que se remonta a la época, al parecer (“sembra”), de

46 Cfr., entre otros, KASER, M., *Röm. Zivilprozessrecht*, München 1966, p. 357 y n. 38 (..”vielleicht von Antoninus Pius”); D’ORS, A., *Derecho Privado Romano*, 9ª ed. cit., pp. 62 y ss.; pp.170 y ss.; SACHERS, E., s.v. *Potestas Patria*, RE, 22, 1953, pp. 1113-25. Cfr., C. 5,25,1 (*Imp. Pius A. Basso*): *Parentum necessitatibus liberos succurrere iustum est. Sine die et consule*; C. 5,25,2 (*Divi fratres Celerii*): *Competens iudex a filio te ali iubebit, si in ea facultate est, ut tibi alimenta praestare possit. D. Id. April. Ipsi III et II AA. Conss.*; C. 5, 25, 3 (*Idem A.A. Titianae*): *Si competenti iudici eum quem te ex Claudio enixam esse dicis, filium eius esse probaveris, alimenta ei pro modo facultatum praestari iubebit. Idem an apud eum educari debeat, aestimabit.* (De donde se desprende la observación imperial de lo justo que es el hecho de que los hijos presten socorro a los padres y que atiendan sus necesidades, C. 5.25.1; la competencia del juez para mandar que el hijo preste alimentos a su padre, si está en condiciones de poder hacerlo, C. 5.25.2; asimismo, probados los hechos de nacimiento y descendencia, el mandato del juez de prestar alimentos con arreglo a las facultades, C. 5,25,3). Cfr., D. 25,3,5,5 (*Ulpianus*, libro II de *officio consulis*) *Item divus Pius significat, quasi avus quoque maternus alere compellatur*; D. 25,3,5,7 (*Ulpianus*, libro II de *officio consulis*) *Sed si filius possit se exhibere, aestimare iudices debent, ne non debeant ei alimenta discernere. Dinique idem Pius ita rescripsit: Aditi a te competentes iudices ali te a patre tuo iubeunt pro modo facultatum eius, si modo, cum opifitem te esse dicas, in ea valetudine es, ut operis sufficere non possis.*

47 A.A. SCHILLER, *Alimenta in the sententiae Hadriani*, en St. Grosso, vol. IV, 1971, p. 411. “The fact that this right is accorded by direct order of the emperor in an in transitu hearing rather than established by the imperial bureau a libellis may well mean that informal pronouncements of one emperor-specifically Hadrian- develop into imperial bureau practice under his successor. It should be noted that the first reference to imperial utterance in the comment by Ulpian on reciprocal aliment reads, Item divus Pius significat..., without any indication as to the type of imperial constitution which was involved.” (Cfr. D. 25,3,5,5).

48 Cfr. CUJAS, *observ. iuris*, XXI, 7. (opera, ed. Neapolis, 1758, III, 608 E, 609), parece se muestra en una línea análoga basándose en una amplia discusión de las sentencias de Adriano.

49 A.A. SCHILLER, *Alimenta in the sententiae Hadriani*, en St. GROSSO, G., vol. IV, 1971, pp. 409 y ss.

50 BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, vol. I, Milano 1963, (*alimenti e successione*), pp. 379 y n. 5.

Marco Aurelio. Sin embargo, nuestro autor, no deja de señalar en una nota a pie de página, “pero già Labeone in D. 27,3,1,4”. En este fragmento de la compilación, Ulpiano recurre al jurisconsulto augusteo, Labeón⁵¹, para confirmar los gastos de alimentos entre el hijo y la madre; si bien, se añade, que deben concurrir los dos requisitos claves: que la madre sea pobre y el hijo tenga una posición acomodada:

D. 27,3,1,4 (*Ulpianus*, libro XXXVI *ad edictum*): *Praeterea si matrem aluit pupilli tutor; putat Labeo imputare eum posse: sed est verius non nisi perquam egenti dedit, imputare eum oportere de largis facultatibus pupilli: utrumque igitur concurrere oportet, ut et mater egena sit et filius in facultatibus positus.*

Hemos destacado que se trata del supuesto en el que se le plantea al jurisconsulto si debe responder el tutor por proporcionar alimentos a la madre del pupilo (si ésta era pobre y el hijo tenía una posición acomodada). La cuestión aparece claramente expuesta por Labeón, que no duda en afirmar que no se le pueden cargar los gastos ocasionados al tutor por este motivo. Incluso, prosigue el autor, que sí debería cargársele al tutor en el supuesto de no haber atendido estas necesidades de la madre del pupilo que no tenía recursos en absoluto y, en cambio, el pupilo sí disponía de patrimonio suficiente. Los únicos requisitos que hace notar para que concurra la aplicación de su criterio son: que la madre sea pobre y que el pupilo tenga muchos recursos: D. 27,3,1,4 (*Ulpianus*, libro XXXVI *ad edictum*): *...: utrumque igitur concurrere oportet, ut et mater egena sit et filius in facultatibus positus.* A mi juicio, tampoco parece muy extraño que estos modos de pensar hayan acudido ocasionalmente a la mente de juristas anteriores, y que uno de los principales herederos de las influencias recibidas por la jurisprudencia republicana haya plasmado este criterio. Como ya comentamos en su momento, en adecuada expresión de Cuenca, F.,⁵² la cual comparto,

51 Cfr. CUENA, F., *Marco Antistio Labeón (Marcus Antistius Labeo) (ca. 50 a.C. – ca. 15/20 d.C.)*, Juristas Universales, vol. I, op. cit. pp. 145 y ss. Para algunos estudiosos, como ya hemos referido precedentemente, hasta el inicio de etapa imperial no se puede hablar con seguridad del punto de partida de una obligación de alimentos derivada de una relación de parentesco (se remontaban a la época de Antonino Pio y Marco Aurelio), si bien, estos mismos investigadores, no dudaban en señalar, a título de indicio precedente, el conocido texto de Labeón contenido en D. 27,3,1,4. Como hemos observado, se trata del supuesto en el que se le plantea al jurisconsulto si debe responder el tutor por proporcionar alimentos a la madre del pupilo (si ésta era pobre y el hijo tenía una posición acomodada). La cuestión aparece claramente expuesta por Labeón, que no duda en afirmar que no se le pueden cargar los gastos ocasionados al tutor por este motivo. Incluso, prosigue el autor, que sí debería cargársele al tutor en el supuesto de no haber atendido estas necesidades de la madre del pupilo que no tenía recursos en absoluto y, en cambio, el pupilo sí disponía de patrimonio suficiente. Los únicos requisitos que hace notar para que concurra la aplicación de su criterio son: que la madre sea pobre y que el pupilo tenga muchos recursos: D. 27,3,1,4 (*Ulpianus*, libro XXXVI *ad edictum*): *Praeterea si matrem aluit pupilli tutor; putat Labeo imputare eum posse: sed est verius non nisi perquam egenti dedit, imputare eum oportere de largis facultatibus pupilli: utrumque igitur concurrere oportet, ut et mater egena sit et filius in facultatibus positus.* A mi juicio, tampoco parece muy extraño que estos modos de pensar hayan acudido ocasionalmente a la mente de juristas anteriores, y que uno de los principales herederos de las influencias recibidas por la jurisprudencia republicana haya plasmado este criterio. Como ya comentamos en su momento, en adecuada expresión de Cuenca, F., *Marco Antistio Labeón (Marcus Antistius Labeo) (ca. 50 a.C. – ca. 15/20 d.C.)*, vol. I, op. cit. pp. 145 y ss., la cual comparto, “Labeón es, sin discusión, el principal jurista de comienzos del Principado y uno de los más importantes de toda la jurisprudencia romana”. Asimismo cabría destacar de Labeón (ca. 50 a.C. – ca. 15/20 d.C.), parafraseando a nuestro autor, la amplitud de su vocación intelectual, estudioso infatigable, la sólida base para sus originales innovaciones, creatividad de su pensamiento jurídico, su autoridad que se extendió a toda la época clásica, y su personalidad científica. Con estas facultades y profundidad de sus fundamentaciones, vuelvo a resaltar lo extraño que parece la aparente fractura de un pensamiento tan coherente, en este marco de las atenciones de alimentos derivadas de una relación de parentesco, hasta la acogida, quizá demasiado tardía (Antonino Pio –138/161; Marco Aurelio –161/180-) de una realidad tan latente en la evolución de la familia. En suma, como vimos, más de un siglo sin referencias, siquiera soslayadas o cuestionables a este respecto, resulta, en mi opinión, algo paradójico. Cfr. TALAMANCA, M., *I pithana di Labeone e la logica stoica*, IURA. 26 (1975) pp. 1 y ss.; BRETONNE, M., *Labeone e l'editto*, Seminarios Complutenses de Derecho Romano 5 (1993) pp. 17 y ss.

52 CUENA, F., *Marco Antistio Labeón (Marcus Antistius Labeo) (ca. 50 a.C. – ca. 15/20 d.C.)*, Juristas Universales, vol. I, op. cit. pp. 145 y ss.

“Labeón es, sin discusión, el principal jurista de comienzos del Principado y uno de los más importantes de toda la jurisprudencia romana”. Asimismo cabría destacar de Labeón (ca. 50 a.C. –ca. 15/20 d.C), parafraseando a nuestro autor, la amplitud de su vocación intelectual, estudioso infatigable, la sólida base para sus originales innovaciones, creatividad de su pensamiento jurídico, su autoridad que se extendió a toda la época clásica, y su personalidad científica. Con estas facultades y profundidad de sus fundamentaciones, vuelvo a resaltar lo extraño que parece la aparente fractura de un pensamiento tan coherente, en este marco de las atenciones de alimentos derivadas de una relación de parentesco, hasta la acogida, quizá demasiado tardía (Antonino Pio, 138/161 y Marco Aurelio, 161/180-) de una realidad tan latente en la evolución de la familia. En suma, como dijimos en su momento⁵³, más de un siglo sin referencias, siquiera soslayadas o cuestionables a este respecto, resulta, en mi opinión, algo paradójico⁵⁴.

A continuación, y sin salirnos del contexto de la interpretación de los indicios en tema de alimentos, cabría finalmente recordar las finas apreciaciones de Juliano (redactor del edicto perpetuo por indicación de Adriano, miembro del *consilium* imperial con Adriano, Antonino Pío y Marco Aurelio y Vero), respecto a todo lo concerniente a las relaciones entre padre e hijo, y el reconocimiento también entre hermanos:

D. 25,3,1 (*Ulpianus*, libro XXXIV *ad edictum*): *Senatus consultum, quod factum est de liberis agnoscendis, duas species complectitur, unam eorum qui agnoscunt, aliam earum quae falsum partum subiciunt.*

D. 25,3,1,8 (*Ulpianus*, libro XXXIV *ad edictum*): *Quin immo et si in totum omiserit denuntiationem, Iulianus ait nihil hoc nocere ei quod editur.*

D. 25,3,1,10 (*Ulpianus*, libro XXXIV *ad edictum*): *Eleganter autem apud Iulianum libro nono decimo digestorum quaeritur, si intra dies triginta mulier marito non denuntiaverit et intra triginta partum ediderit, an senatus consulto locus sit. Et ait Plancianum senatus consultum cessare, quia de eo partu non videtur sentire, qui intra diem trigesimum nascatur: quippe dies triginta ad denuntiandum praestituit senatus sed hanc rem non facere praeiudicium partui arbitror.*

D. 25,3,1,12 (*Ulpianus*, libro XXXIV *ad edictum*): *Iulianus libro nono decimo digestorum scripsit: quod senatus consulto comprehensum est, si mulier viro denuntiaverit se ex eo concepisse et is cui denuntiatur erit custodes ad ventrem custodiendum inspiciendumque non miserit neque contestato dixerit eam ex se praegnatam non esse, ut ei id quod editum sit agnoscere sit necesse non eo pertinet, ut, si quis agnoscere se filium diceret, suum heredem haberet, quamvis ex alio conceptus sit alio conceptus sit: quandoque enim, inquit, eoepit causa agri, grande praeiudicium adfert pro filio confessio patris.*

D. 25,3,1,14 (*Ulpianus*, libro XXXIV *ad edictum*): *Idem Iulianus scribit, si uxore denuntiante se praegnatam maritus non negaverit, non utique suum illi partum effici, cogendum tamen alere: ceterum esse satis iniuriosum ait, si quis longo tempore afuerit et reversus uxorem praegnatam invenerit et idcirco reiecerit, si quid ex his, quae senatus consulto continentur, omiserit, suum heredem ei nasci.*

53 ALBURQUERQUE, J.M., “Alimentos entre parientes (II): Alimenta et Victus. Puntualizaciones breves sobre la transacción y la prestación en el marco de los posibles procedimientos (expedientes) de Jurisdicción voluntaria” en RGDR <http://www.iustel.com> n.º 4 junio 2005.

54 Cfr. TALAMANCA, M., *I pithana di Labeone e la logica stoica*, IURA. 26 (1975) pp. 1 y ss.; BRE-TONE, M., *Labeone e l'editto*, Seminarios Complutenses de Derecho Romano 5 (1993) pp. 17 y ss.

D. 27,2,4 (*Julianus*⁵⁵, libro XXI *digestorum*): *Qui filium heredem instituerat, filiae dotis nomine, cum in familia nupsisset, ducenta legaverat nec quicquam praeterea, et tutorem eis Sempronium dedit: is a cognatis et a propinquis pupillae perductus ad magistratum iussus est alimenta pupillae et mercedes, ut liberalibus artibus institueretur; pupillae nomine praeceptoribus dare: pubes factus pupillus puberi iam factae sorori suae ducenta legati causa solvit. Quaesitum est, an tutelae iudicio consequi possit, quod in alimenta pupillae et mercedes a tutore ex tutela praestitum sit, respondi: existimo, etsi citra magistratum decretum tutor sororem pupilli sui aluerit et liberelibus artibus instituerit, cum haec aliter ei contingere non possent, nihil eo nomine tutelae iudicio pupillo aut substitutis pupilli praestare debere.*

6. A título meramente histórico, y sin mayores pretensiones, podríamos recordar los matices de contenido que podía suponer el carácter oficial de una obligación de alimentos, cuando analizábamos la *legis actio* ejecutiva de la *manus iniectio*. Constatada por el magistrado la legitimidad de la *manus iniectio* (incumplimiento de la sentencia por el deudor, no presentación de *vindex*), se autoriza al actor a llevar al condenado a la propia casa – *ductio*⁵⁶– (XII Tab. 3,3: *Ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vincit, secun ducito, vincito aut nervo aut compedibus XV pondo, ne maiore, aut si volet minore vincito*; Gayo, 4,21: *Per manus iniectionem aequae de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur lege alicui cautum est, veluti iudicati lege XII Tabularum. quae actio talis erat. qui agebat, si dicebat: quod tu mihi iudicatus sive damnatus es sestertium X milia, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X milium iudicati manum inicio, et simul aliquam partem corporis eius prehendebat. nec licebat iudicatum manum sibi depellere et pro se lege agere; sed vindicem dabat, qui pro se causam agere solebat: qui vindicem non dabat, domum ducebatur ab actore et vinciebatur. El actor podía tener retenido al condenado durante sesenta días, fijándose, asimismo, la cantidad de alimentos (trigo), que se le debe proporcionar al *addictus* (esclavo por deudas, prisionero); la exposición preceptiva durante tres mercados consecutivos declarando públicamente la cantidad de la deuda debida, con objeto de que alguna persona se apiade de él, a la que se refieren las fuentes, podía ser infructuosa, quedando el condenado a merced del actor (podía matarlo, o venderlo a los extranjeros, *trans Tiberim*). Retomando y valorando un análisis puntual, cabría recordar que la obligación alimentaria – podría decirse, *ex lege* en sentido amplio⁵⁷–, vendría a presuponer, en este supuesto, unos límites mínimos para garantizar la subsistencia del prisionero, mostrando a su vez la especial atención que recibía una prestación de esta naturaleza. El texto de Aulo Gelio, *Noct. Att.* 20,1,44-45, puede resultar muy revelador: *Post deinde, nisi disolverant, ad praetorem vocabantur et ab eo quibus erant iudicati addicebantur, nervo quoque aut compendibus vinciebantur. si enim sunt, opinor, verba legis: Aeris confessi rebusque iure iudicatis triginta dies iusti sunt. post deinde manus iniectio esto, in ius ducito, vincito aut nervo aut compendibus. quindecim pondo ne minore aut si volet maiore vincito. si volet suo vivito. Ne suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras farris endo dies dato. si volet plus dato.* En el comentario de Gayo⁵⁸ a la ley de las XII Tablas, encontramos una definición del verbo “vivir”, en correlación con las reflexio-*

55 Cfr. LIEBS, D., *Salvio Juliano (Salvius Iulianus)* (ca. 105 – 170 d.C.), vol. I, pp.172 y ss.

56 Sobre las matizaciones advertidas entre *addictio* y *ductio*, cfr., las posiciones contrapuestas entre Perozzi, S., y Wenger, L. PEROZZI, S., *Istituzioni*, 2, Milán (1947), pp. 75 y ss.; WENGER, L., *Istituzioni di procedura civile romana*, (trad. Orestano, R.), Milán 1938, pp. 229 y ss.

57 Cfr. ZOZ, M.G., *In tema di obbligazioni alimentari*, BIDR 73. Milano 1970, p. 325.

58 Cfr. LIEBS, D., *Gayo (Gaius)* (ca. 120 – ca. 180), vol. I, op. cit. pp. 179.

nes de Ofilio⁵⁹, que amplía la mera concepción alimentaria (comprende también el vestido y mantas –*stramenta*, cubiertas de paja, bálago, forraje, todo aquello con que se cubre el suelo (especialmente paja), el lecho, etc-):

D. 50,16,234,2 (*Gaius*, libro II *ad legem duodecim Tabularum*): *Verbum vivere quidam putant ad cibum pertinere: sed Ofilius ad Atticum ait his verbis et vestimenta et stramenta contineri, sine his enim vivere neminem posse.*

El fragmento de Gayo que se remite a Ofilio, se refiere, como es sabido, a la *legis actio per manus iniunctionem*⁶⁰; no obstante, a nuestro juicio, conforme a nuestras previsiones previas, resultan muy atinadas las afirmaciones de Zoz, M.G.,⁶¹ a este respecto: “nondimeno esso attesta un principio che deve ritenersi ricorrente nell’ordinamento giuridico romano: l’essenziale alla vita, che qualsiasi prestazione alimentare deve almeno garantire, è composto oltre che dal vitto, anche dal vestiario (seppur modesto) e dal giaciglio”. En suma, una respuesta de la primera fase de la época republicana, que contribuye, sin lugar a dudas, a configurar el esbozo de una obligación de esta naturaleza, aunque se pueda presuponer la fijación de lo mínimo aceptable para cumplir los fines (las palabras empleadas en el pasaje así lo confirman: *cibum, vestimenta et stramenta*)⁶².

7. A modo de observaciones generales, podemos sintetizar el tema propuesto con objeto de destacar algunos indicios y precedentes analógicos a los desarrollados por Antonino Pio y Marco Aurelio, acerca de la prestación de alimentos y la reciprocidad de los mismos. Entre los indicios, presunciones y conjeturas que hemos utilizado con esta finalidad, se ha analizado brevemente la Lex Aelia Sentia del 4 d.C., destacando la posible presunción de reciprocidad en el deber de alimentos. En este sentido, no habría que pensar sólo en el deber de alimentos del patrono respecto al liberto, y la afirmada privación de sus derechos por un posible incumplimiento, sino, en la reciprocidad elemental del liberto respecto al patrono. Inmersos, por tanto, en las ideas que se desprenden de la reglamentación analógica propia de las relaciones de parentesco en época de los emperadores referidos, y recurriendo a una especie de imitación del deber de alimentos entre el hijo y su progenitor⁶³.

Habría que pensar asimismo en el fundamento de la jurisdicción del *princeps*, desde Augusto, en el marco de la *cognitio* extraordinaria, y la presumible intervención viable en las reclamaciones de alimentos; en atención a la conveniencia de atender nuevos campos de acción judicial, lo que justifica claramente su intervención en este campo⁶⁴ (aunque como se ha dicho, la doctrina mayoritaria se remite preferentemente a la regulación más fehaciente de Antonino Pio y Marco Aurelio). En el exordio del principado de Augusto, proclive al incremento de la natalidad, no nos parece tan improba-

59 Cfr. FRANCISCO J. ANDRÉS., *Aulo Ofilio (Aulus Ofilius) (ca. 80 a.C. – s. I a.C.)*, Juristas Universales, vol. I, op. cit. pp. 141 y ss.

60 LENEL, O., *Paling*, I, 243. Cfr. BEHREND, O., *Otto Lenel, (1849-1935)*, Juristas Universales, vol. III, op. cit., pp. 574 y ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Jurisdicción y Arbitraje en Derecho Romano*, Madrid, ed. Iustel, 2006, pp. 92 y ss.

61 ZOZ, M.G., *In tema di obbligazioni alimentari*, BIDR 73. Milano 1970, p. 354.

62 Cfr., ZOZ, M.G., *In tema di obbligazioni alimentari*, BIDR 73, cit., loc. cit.

63 Cfr., sobre la reciprocidad elemental, KASER, M., ZSS, 58, 1938, pp. 134 y ss. Sobre la casi imitación del hijo frente al padre, ZOZ, M.G., *In tema di obbligazioni alimentari*, cit., p. 349.

64 Cfr., LAVAGGI, G., *Alimenti (diritto romano)*, ED, cit., p. 19.; GROSSO, G., *Premesse generali al corso di diritto romano*, cit., p. 127. (Relaciones nuevas que no aparecían tuteladas según el procedimiento ordinario, de las que se desprende claramente un deber social y sobre las que se sentía la necesidad y el deber de dar una sanción jurídica).

ble y cuestionable el esfuerzo del emperador en proteger y favorecer las mejores condiciones para el mantenimiento y sustento de los miembros de la comunidad. Contrarrestando ocasionalmente, si fuera necesario, los principios más tradicionales, propios del *ius civile*, con la intención de garantizar con mayor eficacia la indeseable degeneración factible del *officium pietatis* (el deber que el padre tenía hacia sus hijos conforme a las concepciones romanas).

Acerca del Sc. Planciano, del que se infiere la introducción de una acción *extra ordinem* para el reconocimiento de los hijos que todavía no han nacido, y siempre dentro del marco de los indicios y las presunciones, una obligación del padre respecto al hijo, en relación a su reconocimiento, queremos destacar, sin entrar en debate doctrinal, lo siguiente: El arco temporal para su datación cronológica, descrito por algunos de los investigadores a este respecto, oscila entre la época de Vespasiano, 69-79, y entre el año 117 y el 125⁶⁵. En cualquier caso, el reconocimiento de su precedencia a la regulación de Antonino Pio y Marco Aurelio, parece perfectamente asumible⁶⁶.

La posibilidad de hablar del concepto de alimentos y la obligación recíproca, ya desde la primera centuria de la influencia imperial, parece que se desprende de las sugerencias y del análisis realizado por A.A. Shiller⁶⁷, a propósito de las Sentencias de Adriano, cuatro, catorce y doce. En ellas parece confirmarse, tanto la obligación recíproca de alimentos, como la existencia de los guardianes que patentizan la obligación de alimentos. Aunque no se nos ocultan las dificultades que pueda llegar a entrañar el cómputo de valoraciones particulares de un estudio de estas características, quizá podría confirmarnos la innecesariedad de reforzar los indicios acerca de la posible obligación de alimentos con anterioridad a lo establecido por Antonino Pio y Marco Aurelio. La doctrina más autorizada opta por converger en el citado punto de partida imperial, si bien, en mi opinión, parece que la cuestión dubitativa subyace en el fondo de sus argumentaciones⁶⁸.

A mi juicio, un punto de particular relieve a este propósito representa el fragmento de la compilación en el que Ulpiano recurre al jurisconsulto augusteo Labeón,⁶⁹ para confirmar los gastos de alimentos entre el hijo y la madre: D. 27,3,1,4 (*Ulpianus*, libro XXXVI *ad edictum*): *Praeterea si matrem aluit pupilli tutor, putat Labeo imputare eum posse: sed est verius non nisi perquam egenti dedit, imputare eum oportere de largis facultatibus pupilli: utrumque igitur concurrere oportet, ut et mater egena sit et*

65 Cfr., lo expuesto en páginas precedentes. Como es sabido, el Sc. Planciano es considerado por algunos autores de fecha indeterminada (GARCÍA GARRIDO, M.J., entre otros); incluso quizá de la época de Vespasiano, 69-79, (D'ORS, A., ZOZ, M.G., KARLOWA, O., entre otros). O como sugieren algunos estudiosos, se trata de un Sc. un poco anterior a Adriano, 117-138 (COSTA, E.). De la época de Trajano, 98-117, o poco antes del 98 (LANFRANCHI, F.). O bien, de la segunda mitad del siglo I, abarca desde Nerón, Vespasiano, hasta comienzos de la era Trajano, (FALASCHI). Otros lo sitúan entre el 117 y el 125 (DECLAREUIL).

66 Cfr., LANFRANCHI, F., <<*Ius exponendi*>> e obbligo alimentari nel diritto romano-classico, cit., pp. 6 y ss., y n. 5.

67 A.A. SCHILLER, *Alimenta in the sententiae Hadriani*, en St. GROSSO, G., cit., pp. 399 y ss. Cfr., *Corpus Glossariorum Latinorum* III 32.13 – 32.32; *Corpus Glossariorum Latinorum* III 36.49 – 37.15; *Corpus Glossariorum Latinorum* III 35.41 – 36.14.

68 Cfr., entre otros, KASER, M., *Röm. Zivilprozessrecht*, München 1966, p. 357 y n. 38 („vielleicht von Antoninus Pius“); GROSSO, G., *Premesse generali al corso di diritto romano*, cit., p. 127; BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, cit., pp. 379 y n. 5; LAVAGGI, G., *Alimenti (diritto romano)*, ED, cit., p. 19; BIONDI, B., *Diritto romano cristiano*, cit., p. 296 y ss.; LANFRANCHI, F., <<*Ius exponendi*>> e obbligo alimentari nel diritto romano-classico, cit., pp. 6 y ss., y n. 5; ZOZ, M.G., *In tema di obbligazioni alimentari*, cit., loc. cit.

69 Cfr., CUENA, F., *Marco Antistio Labeón (Marcus Antistius Labeo) (ca. 50 a.C. – ca. 15/20 d.C.)*, *Juristas Universales*, vol. I, op. cit. pp. 145 y ss.

filius in facultatibus positus.⁷⁰ Parece que se trata de una manifestación más que nos puede servir para configurar la vertebración de una obligación de alimentos, en la que el jurisconsulto -encuadrado en plena época de Augusto-, no duda en eximir de responsabilidad al tutor que prestó alimentos a la madre del pupilo, y advierte de lo contrario en el supuesto de no haberlo realizado, siempre que concurrieran las siguientes condiciones: que la madre sea pobre, y que el hijo tuviera una posición acomodada (...*ut et mater egena sit et filius in facultatibus positus*).⁷¹

No nos parece demasiado extraño que estos modos de pensar hayan acudido ocasionalmente a la mente de juristas precedentes al mismo, y que Labeón, el principal jurista del comienzo del Principado y uno de los máximos exponentes de la herencia recibida por la jurisprudencia republicana, haya plasmado este criterio, como ya comentamos en otra sede⁷². Asimismo cabría destacar de Labeón (ca. 50 a.C. –ca. 15/20 d.C.)⁷³, un jurista colmado de autoridad, y profundidad en sus fundamentaciones, lo extraño que puede parecer la aparente ruptura de un pensamiento tan coherente y una realidad tan necesaria en la evolución de la familia, especialmente en este contexto de las atenciones de alimentos derivadas de una relación de parentesco, hasta la acogida, quizá demasiado tardía (Antonino Pio, 138/161 y Marco Aurelio, 161/180-). En definitiva, como dijimos en su momento⁷⁴, más de un siglo sin referencias, siquiera soslayadas o cuestionables a este respecto, resulta, en mi opinión, algo paradójico⁷⁵.

En el análisis puntual que hemos realizado del contexto decenviral, solamente hemos pretendido recordar, a título meramente histórico, y fuera del marco obligatorio entre parientes, lo que podría suponer el reconocimiento oficial de una obligación de alimentos – *ex lege*, en sentido amplio – y los supuestos límites de contenido con objeto de garantizar la subsistencia de la persona (*cibum, vestimenta et stramenta*).⁷⁶ Sin mayores pretensiones, en definitiva, hemos destacado con parte de la doctrina⁷⁷ una posible respuesta de la primera fase de la época republicana, que pueda contribuir a configurar el esbozo de una obligación de esta naturaleza.

70 Recuérdese que BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, cit., pp. 379 y n. 5, aunque se remontaba a la época de Marco Aurelio para hablar de la regulación en tema de alimentos y reciprocidad, no dudaba en señalar “pero già Labeone in D. 27,3,1,4”. Incluso cuando se remite a Marco Aurelio, no se despoja de sus dudas, teniendo en cuenta que utiliza la expresión “sembra”.

71 Cfr., BONFANTE, P., *Corso di diritto romano*, cit., pp. 379 y n. 5. Si bien, como es sabido, no podemos desestimar por completo el debate doctrinal existente sobre este fragmento y su contenido real, que persiste en la idea de atenuar cualquier presunción de estas características. Cfr., ALBURQUERQUE, J.M., “Deber legal u obligación moral originaria: Generalidades introductorias sobre la prestación de alimentos en Derecho Romano (I)” en RGDR <http://www.iustel.com> n.º 3 diciembre 2004; Id. “Alimentos entre parientes (II): Alimenta et Victus. Puntualizaciones breves sobre la transacción y la prestación en el marco de los posibles procedimientos (expedientes) de Jurisdicción voluntaria” en RGDR <http://www.iustel.com> n.º 4 junio 2005;

72 ALBURQUERQUE, J.M., Alimentos entre parientes (II): Alimenta et Victus. Puntualizaciones breves sobre la transacción y la prestación en el marco de los posibles procedimientos (expedientes) de Jurisdicción voluntaria” en RGDR <http://www.iustel.com> n.º 4 junio 2005.

73 CUENA, F., *Marco Antistio Labeón (Marcus Antistius Labeo) (ca. 50 a.C. – ca. 15/20 d.C.)*, Juristas Universales, vol. I, op. cit. pp. 145 y ss.

74 ALBURQUERQUE, J.M., “Alimentos entre parientes (II): Alimenta et Victus. Puntualizaciones breves sobre la transacción y la prestación en el marco de los posibles procedimientos (expedientes) de Jurisdicción voluntaria” en RGDR <http://www.iustel.com> n.º 4 junio 2005.

75 Cfr., sobre este jurista, entre otros, TALAMANCA, M., *I pithana di Labeone e la logica stoica*, IURA. 26 (1975) pp. 1 y ss.; BRETONNE, M., *Labeone e l'editto*, Seminarios Complutenses de Derecho Romano 5 (1993) pp. 17 y ss.; CUENA, F., *Marco Antistio Labeón (Marcus Antistius Labeo) (ca. 50 a.C. – ca. 15/20 d.C.)*, Juristas Universales (2005), vol. I, op. cit. pp. 145 y ss.

76 En este sentido, entre otros, cfr., ZOZ, M.G., *In tema di obbligazioni alimentari*, cit. 354 y ss. Véase asimismo, XII Tab. 3,3; Gayo, 4,21; Aulo Gelio, *Noct. Att.* 20,1,44-45; D. 50, 16, 234, 2.

77 Cfr., entre otros, ZOZ, M.G., *In tema di obbligazioni alimentari*, cit. 354 y ss.